

THÈSE DE

PARIS.

1889.

N^o. 90.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS
—
DE L'OBLIGATION LITTÉRALE

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS
—
DES REGISTRES
ET PAPIERS DOMESTIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Gaston MONTEIL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS
Sera soutenu le mardi 26 novembre 1889, à 1 heure

Président : M. GÉRARDIN, professeur.

Suffragants : { MM. COLMET DE SANTERRE, professeur.
LYON-CAEN, professeur.
LE POITTEVIN, agrégé.

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

H. JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

23, Rue Racine, 23

1889

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS
—
DE L'OBLIGATION LITTÉRALE

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS
—
DES REGISTRES
ET PAPIERS DOMESTIQUES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Gaston MONTEIL

AVOCAT A LA COUR D'APPEL



L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le mardi 26 novembre 1889, à 1 heure

Président : M. GÉRARDIN, professeur.

Suffragants : { MM. COLMET DE SANTERRE, professeur.
LYON-CAEN, professeur.
LE POITTEVIN, agrégé.

PARIS

A. GIARD

LIBRAIRE-ÉDITEUR

16, Rue Soufflot, 16

H. JOUVE

IMPRIMERIE DES ÉCOLES

23, Rue Racine, 23

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MON GRAND-PÈRE ET A MA GRAND'MÈRE

INTRODUCTION

Il n'y a pas un droit qui ne provienne d'un fait. Le fait est la base essentielle de tout rapport juridique. Mais ce n'est pas d'un seul coup que ce rapport prend naissance. On ne rencontre d'abord que le fait brutal, c'est-à-dire l'événement qui tombe dans le monde des impressions physiques. Cet élément matériel domine seul au début ; Le droit qui en est nécessairement la conséquence spirituelle apparaît après. Avec le temps, cet élément intellectuel se développe et finit même par commander à l'élément matériel. Voilà en quelques mots la marche suivie par toute législation. Cette marche s'observe particulièrement dans la législation romaine qui conserva pendant longtemps les traces du matérialisme juridique. Nous allons essayer de la suivre dans ses gradations successives et de voir si l'on peut considérer le contrat littéral qui fait l'objet de notre étude, comme une suite nécessaire et naturelle de cette évolution.

Les masses juridiques comme les masses humaines sont matérialisées à leur début. C'est l'ordre des sens, l'ordre des impressions physiques qui est au premier rang ; l'ordre des perceptions intellectuelles est au second plan. Pour arriver en effet à frapper l'esprit, il faut frapper les sens. La volonté en elle-même est quelque chose de trop insaisissable, de trop flottant pour pouvoir par sa for-

ce seule engendrer un rapport de droit quelconque. Il faut donc la fixer pour qu'elle puisse produire cet effet, il faut l'enchaîner. On la matérialise alors en l'enveloppant d'un vêtement visible, sensible, et en la matérialisant on l'immobilise de telle façon qu'elle ne peut plus se modifier.

Mais quels sont les actes, quels sont les gestes qui donnent aux actes juridiques une forme sensible ? Ce sont des gestes symboliques qui, très probablement dans le principe, ont été une réalité et qui n'ont passé à l'état de fiction qu'à une période beaucoup plus avancée. Par exemple, ne pourrait-on pas conjecturer que la création du droit de propriété ou plutôt, pour parler plus exactement, la translation du droit de propriété s'effectuait au moyen de cérémonies symboliques analogues à celles que nous trouvons dans une des procédures des actions de la loi, la *Manuum consertio* que l'on employait quand on voulait revendiquer sa propriété ? Or, la *Manuum consertio* semble bien être le vestige d'un état de chose antérieur ; la violence purement juridique et nominale d'un combat fictif qu'elle nous représente, paraît bien avoir été précédée dans un temps plus éloigné de la violence belliqueuse d'un combat réel (1). On sait comment elle s'opérait : elle devait avoir lieu en présence de l'objet du procès. L'une des parties tenait une baguette (*vindicta*), symbole de la lance (*festuca*), qui est également l'origine de la propriété quiritaire : elle saisissait d'une main l'objet de la contestation, et en apposant sur lui la *vindicta*, elle

1. Aulu.-Gelle, *Noct. Attic.*, XX, 10 ; Varro, *De ling. lat.*, V, 7.

disait par exemple s'il s'agissait d'un esclave : « *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio secundum meam causam, sicut dixi. Ecce tibi vindictam imposui.* » (1) Il est assez vraisemblable de penser que ce cortège de fictions se retrouvait dans l'établissement du droit lui-même. Le fond du droit n'est-il pas, en effet, étroitement uni à la procédure, ne sont-ils pas intimement soudés l'un à l'autre et n'est-il pas permis de croire avec Ihéring (2) qu'il y avait correspondance entre l'établissement et l'exercice du droit en justice ?

Pour s'obliger, il fallait également recourir à des gestes symboliques ; — mais quels gestes ? D'après une conjecture qui a été longtemps en honneur (3), il n'y aurait eu à l'origine qu'une seule façon de s'obliger : il fallait employer la balance et la pièce d'airain. Il y avait un porte-balance (*libripens*), cinq témoins citoyens romains : des gestes étaient accomplis, des paroles sacramentelles étaient prononcées ; c'était le *nexum*. On fait remarquer que ce *nexum* était un contrat complexe ; il exigeait en effet le concours de deux éléments : une mimique matérielle, la *pesée per æs et libram*, ne pouvant produire d'effet juridique que tout autant qu'elle se joignait à la prononciation de paroles solennelles. A une époque qu'il est impossible de préciser, ce contrat se serait doublé, se serait décomposé en ses deux éléments et aurait ainsi donné naissance à deux contrats nouveaux.

1. Ortolan, *Explic. hist. des Instit.*, t. II, 6^e édit., p. 483.

2. Ihéring, *Esprit du Droit romain*, t. IV, p. 16, 62, 73.

3. Hugo : *Histoire du droit romain*, § CXXI ; Maynz : *Cours de Droit romain*, § 33, 232, 245, 299 : Ortolan *op. cit.*, t. II, nos 1191 et suiv ; 1236.

D'une part, on considéra la numération des écus, la simple remise d'une somme d'argent dégagée des formalités de *l'æs et libra* comme suffisante pour faire naître, à la charge de celui qui devait cette somme d'argent, l'obligation de la restituer. C'est ainsi que serait né le *mutuum*.

D'autre part, on admit que si une personne ne voulant pas livrer actuellement une somme d'argent, mais voulant s'engager à la livrer plus tard, manifestait sa volonté par des paroles sacramentelles, la prononciation de ces paroles suffisait pour donner naissance à un lien obligatoire. Ainsi serait né le contrat verbal ou *stipulation*. Cette origine est, dit-on, attestée par l'étymologie du mot stipulation rapportée par Varron et Festus.(1)

Plus tard, on aurait par voie d'assimilation au *mutuum* admis les autres contrats *re*, le commodat, le dépôt et le gage. Enfin, à une période plus récente, l'écriture se développant dans les mœurs, des formules écrites seraient venues remplacer les formules orales que l'on rencontre dans le *nexum* et qui, en se dégageant de lui ont produit la stipulation. Ainsi serait né le contrat littéral, fiction juridique, dit-on, par laquelle on considérerait toujours l'opération *per æs et libram*, comme accomplie : la somme objet de l'obligation était censée pesée et donnée d'une part, et reçue de l'autre. La formalité consistait à l'inscrire comme telle sur les *tabulæ*. — On fait observer que le nom même *d'expensilatio* que les sources donnent à ce contrat, le rattache directement au *nexum*.

1. Varron, *op. cit.* 182 ; Festus, *de verborum significatione* V^o Stipem.

Quant à nous, nous ne croyons pas devoir adopter cette filiation des contrats, qui a séduit pendant un temps grand nombre de jurisconsultes philosophes, mais qui commence à perdre aujourd'hui sensiblement du terrain (1). Avec la critique moderne nous pensons que cette filiation n'est pas suffisamment établie, qu'elle n'est pas en rapport avec les nécessités de toute société même la plus rudimentaire, qu'il n'est pas croyable que les solennités du *Nexum* aient été exigées pour la formation de toutes les obligations, même les plus insignifiantes et des plus nécessaires à la satisfaction de nos besoins de tous les jours, « que tant de formalités et tant de complications eussent rendu la vie impossible, que pour y croire, il faudrait des témoignages positifs et que ces témoignages font défaut » (2). Les textes qui parlent du *nexum* considéré comme moyen de s'obliger, se bornent en effet à le mentionner et à le définir, et rien ne nous indique qu'il ait jamais été obligatoire et qu'il ait eu une portée générale : loin de là, il avait un sphère d'application fort limitée, car il n'a jamais servi qu'à rendre civilement obligatoire les prêts d'argent ; et là même, il devait être simplement facultatif, ayant pour but non pas d'assurer une action au créancier, mais bien de lui procurer des sûretés plus

1. On tend aussi aujourd'hui à considérer la stipulation comme un contrat indépendant qui aurait été à ses débuts un acte véritablement religieux. Ce n'est qu'à une époque relativement récente, que la consécration religieuse aurait disparu, alors la promesse verbale serait restée seule telle que nous la connaissons. — Voir Mommsen : *Droit public des Romains*, traduction Girard, t. I p. 285 et la note.

2. Accarias : *Précis de droit romain*, t. 2. n° 404, note 1.

énergiques. Ce n'est pas une opération d'un caractère aussi spécial qui peut par conséquent être considérée comme l'ancêtre de tous les contrats.

Il est vrai que le contrat littéral offre des points de rapport nombreux avec le *nexum per æs et libram* : comme lui, il a une portée restreinte et on conçoit dans une certaine mesure que l'on ait été porté à le regarder comme une dérivation directe de cette opération primitive à laquelle d'ailleurs il semble se rattacher, comme on l'a fait observer, par l'étymologie du nom qui lui est attribué (*expensilatio*, venant de *pecunia expensa lata, pecunia accepta relata*). Quoiqu'il en soit, nous ne croyons pas devoir reconnaître une pareille origine au contrat littéral. Selon nous, il ne faut pas attacher une importance exagérée aux inductions tirées de la philologie : les anciens mots ont bien pu servir à donner les dénominations en question aux opérations d'écritures par lesquelles on arrivait à constituer l'obligation littérale, mais cela ne veut pas dire que le germe de cette obligation littérale fut contenu dans le *nexum*. Car au fond, pour pouvoir affirmer pareille chose, il faudrait au moins qu'il y eût identité de formule dans ces deux opérations. Or, rien ne nous indique cette identité dans les quelques textes qui se réfèrent au *nexum*. Et puis, nous serons bien forcés de reconnaître que le contrat littéral présentait un intérêt bien minime relativement à la stipulation qui pouvait largement répondre à tous les besoins ; il est difficile par conséquent d'en faire un développement naturel et nécessaire du formalisme.

L'écriture a donc consisté originairement à enregistrer

purement et simplement la volonté des parties. Dans son but originaire, dans sa forme extérieure, elle n'était qu'un mode de preuve (1). Ce n'est que plus tard qu'elle a acquis une force créatrice d'obligations, qu'elle est devenue, dans certaines conditions données, une présomption *juris et de jure* de l'existence du contrat. Le simple instrument de preuve s'est fait lui-même contrat. C'est là un phénomène anormal dont l'apparition a été favorisée sans aucun doute par l'idée formaliste : il a même pris l'empreinte dure et étroite du formalisme en l'exagérant ; mais cette apparition dans le champ des contrats solennels ne peut s'expliquer que par quelque chose de purement accidentel que nous essaierons d'indiquer dans le courant de notre étude.

Mais avant d'insister sur ce point obscur, nous aurons à examiner dans un premier chapitre la nature des écrits probatoires, dans lesquels devait résider le contrat littéral. Puis nous étudierons dans un second chapitre ce contrat littéral en nous efforçant, si nous le pouvons, de faire cadrer l'explication que nous donnerons de ses origines, avec la nature et les différents caractères que nous sommes obligés de lui reconnaître d'après les textes des écrivains et des jurisconsultes qui nous en parlent. Enfin, dans un troisième chapitre, nous traiterons de certains écrits probatoires (écrits séparés) qui, à une époque relativement récente s'introduisirent dans la pratique romaine et qui se développèrent de telle façon qu'on a pu croire qu'ils avaient fini par devenir de véritables

1. Ihéring, *op. cit.*, t. III, p. 279 et suiv.

modes créateurs d'obligations et par remplacer les obligations littérales proprement dites. Ce chemin parcouru, il nous sera facile de nous prononcer sur la question de savoir si le contrat littéral dont nous parlent les Institutes, existe réellement au temps de Justinien.

CHAPITRE I^{er}

DES LIVRES DOMESTIQUES

Section I^{re}. — Généralités ; esquisse historique.

Chez un peuple méthodique à l'excès, parcimonieux souvent jusqu'à l'avarice, l'usage de registres destinés à relater les événements de chaque jour, à constater les dépenses et les recettes de chaque mois, à consigner en quelque sorte tous les mouvements de fonds, a dû devenir de bonne heure une coutume nationale. Le caractère particulièrement laborieux et surtout tenace du Romain ne dut pas peu contribuer également au développement de pareilles pratiques. — A quelle époque naquirent exactement ces pratiques ? — Quelles furent les causes directes qui en amenèrent l'introduction dans les mœurs romaines ? — Ce sont là des problèmes obscurs dont le savant soulève bien difficilement le voile. Songer à donner sur ces points des solutions précises nous paraît impossible. L'induction seule est permise ; nous ne pouvons nous placer que sur le terrain de l'hypothèse, essayant de découvrir et de fixer la vérité à l'aide du développement naturel de l'histoire, et des quelques passages

1. Asconius sur la 2^e Verrine, lib. I, § 23 : « *Moris fuit unum quæmque domesticam rationem sibi totius vitæ suæ,* » etc.

que nous pouvons trouver chez des écrivains souvent récents (1).

Ce que nous pouvons toutefois assurer, c'est que cet usage existait du temps de la République (2). Mais il dut exister bien longtemps auparavant : aussitôt que le Romain sut écrire, il songea assurément à consigner ses comptes. Cet usage se forma peu à peu et il se développa à mesure que l'écriture se généralisa.

Ces registres furent-ils d'un seul coup des registres de recettes et de dépenses ? Cela est peu probable. Nés du culte domestique (3), d'abord simples cahiers retraçant les généalogies des ancêtres, rappelant les hauts faits qui pouvaient marquer leur existence, ils acquirent chaque jour une importance croissante. Mais à mesure qu'on s'éloigna des temps rudes et grossiers, et que les lumières pénétrèrent peu à peu dans la société, ces registres durent s'écarter peu à peu de leur caractère original. D'exclusivement religieux, ils devinrent domestiques ; chaque citoyen romain finit par y inscrire les événements qui pouvaient l'intéresser à quelque degré que ce fût ; puis ce fut le tour des événements juridiques qui vinrent eux aussi prendre place sur ces tablettes et grandir ainsi aux yeux de chacun leur utilité et leur créance. Dès lors les *codices*

1. C'est surtout dans Cicéron, Valère Maxime, Aulu-Gelle, Pline l'ancien, que nous trouverons des indications sur ce point.

2. Plusieurs passages des comédies de Plaute en attestent l'existence à cette époque. V. *Asinaria*, act. 2, scèn. 4, vers 34.

3. C'est là une pure hypothèse qui s'appuie du système historique qui fait découler toutes les institutions de la religion. Voir Fustel de Coulanges : *Cité antique*.

durent devenir de véritables recueils constatant des contrats.

Voilà en quelques mots l'évolution probable du *codex*. La base que nous lui donnons, c'est la religion ; lui assigner une pareille origine nous paraît plus conforme à la vérité historique et plus en harmonie d'ailleurs avec les principes qui gouvernent la société antique, particulièrement la société romaine. Ainsi peut s'expliquer la confiance excessive que l'on attacha pendant longtemps aux livres domestiques, confiance tellement grande que Cicéron (1) regarde comme quelque chose de nouveau et d'inouï de son temps, qu'un citoyen n'ait pas tenu de *tabulæ*.

Quand on considère le danger qu'il pouvait y avoir à laisser aux citoyens la faculté de se créer des titres et des preuves eux-mêmes, la source permanente d'abus à laquelle on ne pouvait quē s'exposer, la mauvaise foi à laquelle on risquait de donner ainsi libre carrière, et quand on songe que les Romains ne furent jamais bien effrayés de la perspective de tels dangers, on est bien forcé de rattacher ces antiques habitudes au culte domestique. Sans doute, ces registres se dépouillèrent de bonne heure de la partie religieuse qui existait exclusivement au début pour conserver exclusivement la partie *financière*, mais le sentiment religieux n'en persista pas moins. Le culte du foyer n'est-il pas d'ailleurs la pierre angulaire de la société romaine sur laquelle reposent

1. Cic. *In Verrem*, act. 2, lib. I, § 23 : « *In isto, judices, hoc novum reperiētis Audimus, aliquem tabulas nunquam confecisse* », etc.

toutes les institutions qui se sont développées à travers l'histoire du peuple romain ? (1) — La famille comme la cité n'ont-elles pas toutes deux le même fondement religieux ; la cité qui est la grande agglomération, celle qui enveloppe tous les autres groupes moindres qui constituent chacun pris à part, une famille, n'avait-elle pas également ses livres sacrés sur lesquels les Pontifes étaient chargés d'écrire les évènements au fur et à mesure qu'ils se déroulaient ? — Eh bien, la famille avait le sien et le Pontife c'était le *paterfamilias*.

Sans doute ces livres ne jouirent pas toujours du respect naïf dont ils étaient entourés au début, mais cela n'empêcha pas qu'ils prissent une autorité sans cesse croissante et le caractère quelque peu mercantile de la religion romaine, caractère tel que les citoyens composaient en quelque sorte avec les dieux à qui ils s'adressaient, si bien qu'on a pu dire avec raison que la religion était avec eux plutôt un contrat qu'une prière (2). dut aider certainement à la conservation des vieux principes. Puis, par la suite, d'autres éléments vinrent s'ajouter au premier et affirmer et fortifier davantage cet antique usage.

L'institution du cens, en se développant dans les mœurs, ne dût pas peu contribuer à renforcer les vieilles traditions des livres domestiques et à leur donner une

1. « Tout tenait à la religion », dit M. Duruy. *Hist. rom.*, t. I, p. 141.

2. Voir également Duruy. *op. cit.* t. I. Introduction, p. CXXI.— Voir plus loin, p. 93 : « *Entre les dieux et l'homme, il n'y a qu'un rapport d'intérêt.* »

importance nouvelle (1), si bien que des auteurs (2), dont le nom fait autorité dans la science, ont cru y trouver l'origine même des *codices*. Pour se renseigner sur la fortune des particuliers, les censeurs durent exiger de chaque citoyen l'apport de son registre, afin de contrôler l'exactitude de ses déclarations. Un passage de Cicéron semble bien faire de cet apport quelque chose d'obligatoire « que les censeurs, dit-il, observent la bonne foi et que les particuliers leur apportent leurs *actes* (c'est-à-dire leurs livres). (3) » Le tour de cette phrase n'est-il pas en effet, impératif ! — Mais nous est-il permis d'en conclure que la tenue de ces registres, de ces *acta*, soit devenue obligatoire pour chaque citoyen romain (4) ? — Rien de positif ne nous autorise, croyons-nous, à admettre cette conclusion. Toujours est-il que le *codex* ne put puiser dans la nouvelle institution qu'une force et une autorité plus grande.

Donc pas d'*obligation légale* de tenir des registres, mais les mœurs devaient faire de leur tenue presque une loi à

1. Nous ne voulons pas dire par là, que la pratique des *codices* fut antérieure à l'institution du cens. Nous repoussons même l'opinion de ceux qui veulent faire remonter l'origine de ces *codices* à cette institution. — Nous avons seulement l'intention de montrer ici les rapports qui existent entre ces deux institutions quant à leur développement mutuel. Voir Ihéring, *op. cit.*, t. II, p. 14, note 11.

2. Dureau de la Malle : *Economie politique des Romains*, I, p. 159.

3. Cic., *De legib* III, 3 et 4 ; *In Verreni* 23 « il enfrenait sur ce point la loi des censeurs, il fut coupable. »

4. Pagenstecher a soutenu que chaque *Paterfamilias* y était légalement contraint, *De litterarum obligatione et de rationibus*, p. 73.

chaque *Paterfamilias*, de telle sorte que si un citoyen venait prétendre qu'il n'avait pas tenu de *codex* alors qu'on lui demandait d'avoir à produire ses comptes en justice, il risquait fort de perdre son procès. « *Unum ostende*, dit Cicéron, *in tabulis aut tuis aut patris tui emptum esse : vicisti ! ne hæc quidem duo signa pulcherrima.... habes quomodo emeris* » (1).

Peut-être même à l'origine, cet usage fut-il permis au *Paterfamilias* seul — au *sui juris* ? — Tous les droits et tous les devoirs ne se concentrent-ils pas en effet exclusivement entre les mains du *Paterfamilias* ? Combien de temps cela dura-t-il ? il est impossible de le préciser. Mais du jour où les fils de famille en puissance paternelle arrivèrent à avoir un patrimoine propre, quand ils purent acquérir un pécule (2), il semble bien naturel de penser qu'ils eurent à cet égard les mêmes pouvoirs que le *Paterfamilias*, et que comme lui, ils purent tenir un livre en leurs noms personnels. — Les femmes durent également à une certaine époque pouvoir tenir le *codex*, en supposant, bien entendu, qu'elles ne se trouvaient ni sous la *patria potestas*, ni sous la *manus*, ainsi que l'attestent formellement un passage de Valère-Maxime et plusieurs fragments du Digeste (3).

Donc à mesure qu'on avance, le cercle des personnes pouvant tenir des registres va en s'élargissant, mais en

1. Cic., *In Verrem*, act. II, lib. 1, § 23.

2. Cic., *Pro Cælio-Rufo* « *nam quod æs alinum*, » etc., VII.

3. Val. Max., *De dict. fact. que* VIII, ch. II. — Dig. S. C. Vell,

13. Gaius, — *id* — *de præscriptis verbis*, fragm. 12. *Proculus*. Code : *De edendo const.* 1^{ère}.

même temps l'usage de ces registres va en se restreignant de plus en plus, et cela sous des influences multiples. C'est peu à peu qu'ils disparaissent des habitudes romaines, et c'est à une époque assez avancée dans l'histoire que la déchéance commence. Sous Cicéron (1), ils sont en pleine vigueur; les écrits du grand orateur en témoignent en maints endroits. Sous Auguste, ils existent encore, on s'en sert largement dans la pratique, mais les germes de leur prochaine décadence commencent à se faire jour. On est à l'apogée de la civilisation, c'est le grand siècle des lumières, mais la mauvaise foi se glisse partout sous les formes les plus variées, et les registres deviennent une source d'abus de tous genres, de dolz de toutes espèces sur lesquels les poètes et les écrivains ne ménagent guère leurs sarcasmes; c'est Horace qui s'écrie dans une de ses satires: « Ecrivez : reçu 10,000 sesterces de Nerius: ajoutez à la précaution de ce billet les cent rubriques du cauteleux Cicuta et mille chaînes par dessus ; ce scélérat de Protée saura encore s'y soustraire ! Quand vous le traînerez au tribunal, il rira à vos dépens, il se fera sanglier, rocher, arbre même au besoin ; si faire mal ses affaires est folie, si faire bien ses affaires est sagesse, croyez-moi, de vos deux cerveaux le plus malade est celui de Périllus, dictant une obligation que vous ne pourrez jamais remplir. » (2)

Ils ne disparaissent pas toutefois ; les affaires devenant de plus en plus embrouillées, le commerce juridique

1. Cicéron, *In verrem*, act. II, § 23.

2. Horace, Sat. III, lib. II, vers 69 et suiv. « *Scribe decem (acceptum) a Nerio.* »

s'étendant à mesure qu'on va en avant, il y a utilité, voire même nécessité à les conserver. Mais leur caractère se modifie, leur importance juridique diminue. On les trouve en effet au temps de *Virgile*, bien qu'*Asconius* en constate la complète disparition. (1) Car *Pline l'Ancien* (2) et *Sénèque* (3) qui vivent à cette époque trouvent l'occasion d'en parler dans leurs ouvrages, On les retrouve également sous *Adrien*, *Antonin*, *Pline*, *Marc-Aurèle*, ainsi que l'attestent formellement un contemporain *Aulu-Gelle* dans ses *Nuits attiques* (4) d'une part, et le jurisconsulte *Pomponius* (5) d'autre part. Au 2^e siècle de l'ère chrétienne, au temps de *Gaius*, il est donc permis d'affirmer leur existence. Mais deux siècles plus tard il n'en est plus question : au IV^e siècle de notre ère, ils ont disparu, on peut l'affirmer, de la scène juridique. C'est bien à cette époque que semble se référer le passage du *Pseudo Asconius*; c'est là l'opinion de la critique moderne, notamment celle de *Madvigius* (6) qui admet que les annotations sur les *Verrines* ne font pas partie de celles d'*Asconius Pedianus* c'est-à-dire du grammairien qui vivait au temps de *Virgile*, mais doivent être attribuées à un faux *Asconius* qu'il place précisément quatre siècles après J.-C.

1. Suivant l'opinion reçue et tirée de *Servius* (*Ad Virgil. Eglog.* III, 105) *Asconius* aurait été le contemporain de *Virgile* et serait mort sous *Néron* dans le premier demi siècle après J.-C.

2. *Pline. Hist. nat. lib. II, c. XII.*

3. *Sénèque, De benefic., lib. III, c. XV.*

4. *Aulu-Gelle, Nuits attiques, L. XIV, c. II.*

5. *Dig., L. I, De annuis legat. Pomponius.*

6. *Madvigius, Disputatio critica, de Q. Asconii Pediani et aliorum interpretum in Ciceronis orationes commentarius.* App. crit. 1828. Cette opinion est adoptée par *Niebuhr* et par *Savigny* dans sa dissertation sur le contrat littéral. (*Vermichte Schriften*, p. 247.)

Par conséquent, à cette époque, les vieilles pratiques sont abandonnées (1) ; la mauvaise foi croissante les a discréditées. L'invasion des pérégrins est venue très probablement aussi faciliter cette déchéance graduelle des *tabulae*.

Peut-être aussi que l'extension des banques vint en accélérer la décadence en en diminuant l'utilité. Du jour, en effet, où les Romains se mirent à confier l'administration de leur fortune à des *argentarii* chargés d'effectuer les paiements, d'opérer les recouvrements, la nécessité du *codex* ne s'imposa plus autant aux particuliers, puisqu'ils pouvaient se rendre un compte très exact du mouvement de leur fortune en consultant les registres de leurs banquiers. L'usage des *codices* se cantonna donc uniquement dans les banques ; les écritures passées par les *argentarii* étaient regardées d'ailleurs comme appartenant en réalité à ceux pour lesquels ils avaient agi. « *Nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, equum fuit, id quod mei causa conficit, meum quodam modo instrumentum mihi edi.* » (Dig. I, 4, 51. *De Edendo.*)

Section II. — Des différentes fonctions du « *codex accepti et expensi.* »

Après cette trop rapide esquisse historique, il nous reste à nous demander quel rôle juridique pouvait bien jouer, dans la vie du citoyen romain, ce *codex*, et quels caractères nous devons lui attribuer.

1. Pseudo Asconius, « *ad nostram memoriam tota hæc vetus consuetudo cessavit.* » In *Verrem*, act. II, lib. I, § 23.

Ce *codex* était essentiellement un livre de caisse sur lequel le *paterfamilias* inscrivait ses recettes et ses dépenses : il était placé près de l'*arca*, sorte de coffre-fort dans lequel chaque père de famille serrait ses papiers et son argent et qui se trouvait lui-même placé dans le *tablinum*, c'est-à-dire dans la partie essentielle de l'habitation, celle qui servait d'appartement particulier au maître de la maison, comme on le voit encore dans les maisons de Pompei (1). Le *codex* se trouvait ainsi immédiatement à la portée du *paterfamilias*. Chaque fois que de l'argent entraait dans la caisse (*arca*), chaque fois que le père de famille touchait une somme à un titre quelconque, soit à titre de paiement, soit à titre de don ou même de constitution de dot (2), il devait porter cette somme sur son livre, (ce livre était à deux colonnes) à la colonne de l'*acceptum* avec la mention suivante :

Primis Kalendis Jan. — a Titio numerata S. centum. —
C'est ce qu'on appelait *acceptum-latum*, *acceptilatio* (3).

Au contraire l'argent venait-il à sortir de la caisse à des titres analogues à ceux dont nous venons de parler, le père de famille versait-il une somme à un titre quelconque, ce mouvement de caisse se traduisait immédiatement sur le *codex* à la colonne des déboursés, *expensum*, sur laquelle le *paterfamilias* devait porter la somme en question avec la mention suivante corrélatrice à la première :

1. Consult. Wilkins. *L'antiquité romaine*, p. 32.

2. Val. Max. VIII, 252.

3. L. 91 § 3, D. de legat., XXXII; — L. 4 § 1, D. de evict. XXI, 2.

« *Primis Kalendis. Jan. Titio numerata S. centum : expensum latum — expensilatio* (1). »

Il n'y avait donc qu'un seul et même livre pour l'*expensum* et pour l'*acceptum* : de là le nom de *codex accepti et expensi*.

Voilà ce qui peut être affirmé et ce qui ressort bien nettement de la lecture des écrivains latins, notamment d'un passage de Pline le Naturaliste qui, parlant de la fortune sur le compte de laquelle les hommes sont portés pour la plupart à mettre tout ce qui leur arrive de bien ou de mal, dit : « *Huic omnia expensa, huic omnia feruntur accepta et in tota ratione mortalium utramque paginam facit* (2). »

Voilà ce qu'il y a de positif. Aller plus loin, essayer de trouver dans ces *codices* des analogies avec nos livres de commerce actuels, c'est, selon nous, tomber dans de pures hypothèses. Chercher à voir dans les *tabulae*, comme l'ont fait quelques jurisconsultes (3), un livre de comptabilité commerciale, une sorte de livre de comptes courants qui eût été imposé par la loi aux simples particuliers comme nous l'imposons aujourd'hui à nos commerçants, nous semble être une hypothèse plus ingénieuse que juste. Chercher à voir chez les Romains deux registres différents : un *registre à jour* dont le type eût été les *adversaria* (4) et ensuite le registre de caisse proprement dit,

1. L. 47 § 1, D. *de pactis* II, 14.

2. Pline : *Hist. nat.*, lib. II, ch. 7.

3. Telle est l'opinion de M. Demangeat, t. II, p. 288.

4. Les *adversaria* étaient une sorte de brouillon où les notes s'inscrivaient sans ordre méthodique, telles qu'elles se présentaient. C'était de là que régulièrement, tous les mois, les mentions qui de-

sur lequel on eût reporté à la fin de chaque mois avec ordre ce qui se trouvait sur le registre à jour, en ouvrant un compte spécial, c'est-à-dire une page à chaque personne avec qui on se trouvait en relations d'affaires, nous paraît également bien hypothétique. Une pareille comptabilité est trop compliquée pour être employée par tout le monde : elle n'a d'utilité que pour ceux dont les affaires sont très fréquentes ou du moins très étendues ; une telle combinaison eût excédé les besoins pratiques et ordinaires de la plus grande partie des citoyens romains (1).

Laissons donc de côté toutes ces suppositions qui ne reposent sur aucun texte, qu'un passage même de Cicéron (2) semble bien repousser et concluons avec la plupart des romanistes que le *codex accepti et expensi* était uniquement un livre de caisse, qu'il constituait « la partie financière des archives domestiques. »

Plaçons-nous maintenant uniquement sous le point de vue juridique. C'est ici que nous pouvons considérer le rôle important que jouait le *codex* dans la société romaine. C'était dans le *codex* que se concentrait la preuve littérale : c'était un instrument de preuve si fort que les obligations préexistantes, vente, mutuum, stipulation

vaient être consignées dans les *tabulæ* y étaient reportées avec ordre et méthode. V. Cic. *Pro Roscio comædo oratio*, 3 § 2.

1. En ce sens Gide : voir dans son traité de la novation, l'étude sur le contrat qui se forme *litteris*, p. 187. — Savigny : *Vermichle Schriften*, t. I, p. 239. Pour eux il n'y a pas de compte spécial pour chaque correspondant ; dans le *codex* comme dans la *adversaria*, les recettes et les dépenses figurent dans l'ordre où elles sont présentées.

2. Cic. *In. Verr. act.* II. § 76 et 77.

(*arcaria nomina*) qu'il constatait, se confondaient tellement avec lui que l'on pourrait être tenté de prime abord de considérer ce mode de preuve comme le mode générateur de ces obligations, si des textes ne venaient nous dire formellement le contraire en posant nettement la distinction entre les *arcaria nomina* et les *nomina transnum criptitia*. Mais écoutons Gaius : *Alia causa est eorum nominum quæ arcaria vocantur ; in his, rerum, non litterarum obligatio constitit ; quippe non aliter valet quam si numerata sit pecunia ; numeratio autem pecuniæ facit obligationem ; qua de causa recte dicimus, arcaria nomina nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere ; etc.* On ne peut pas s'expliquer plus clairement, aussi s'explique-t-on difficilement l'opinion de certains jurisconsultes allemands qui voulant voir le contrat littéral partout, ont essayé d'attribuer à toutes mentions quelconques du *codex* la puissance de créer des obligations, — Non, l'inscription sur les *tabulæ* ne créait pas par elle-même d'obligation, elle ne faisait que constater la volonté des parties ; normalement c'était un instrument de preuve et rien de plus. — Pendant longtemps même, nous l'avons déjà dit, elle n'a été que cela, et ce n'est qu'assez tard, accidentellement, nous aurons l'occasion d'insister plus loin sur ce point, qu'elle a pu s'élever plus haut et arriver à former par elle-même des obligations. Le fait générateur c'était la *res* et par exemple si ces *tabulæ* constataient un *mutuum*, cette *res* était, on l'a fort bien dit, la

1. Gaius. *Comm.* III. § 131 et 132.

2. Schüler, *die litterarum obligatio des alteren R.*, 60-65. — Voir analyse de ce système dans Savigny. *op. cit.* p. 242.

dation, la numération des espèces (1) que le défendeur pouvait parfaitement nier en justice en apportant des preuves, ce qu'il n'aurait jamais pu faire si l'on se fût trouvé en présence d'un contrat *litteris*.

Mais quelle était la nature, quel était le degré de force probante de ces *tabulæ* en justice ? Cette preuve devait être très probablement plus ou moins grande selon les circonstances et selon les personnes (2).

Toutefois, à se référer aux témoignages des écrivains latins, ces *tabulæ* durent constituer en principe une preuve fort importante. Cicéron ne nous dit-il pas en effet dans sa harangue contre Verres :

« Montres une seule statue en tes tables ou en celles de ton père, un simple tableau acheté, tu as gain de cause (3). »

Et Aulu-Gelle (4) raconte qu'il fut appelé à juger un procès qui, certes, ne l'aurait pas embarrassé si le demandeur avait pu produire une inscription sur ses tablettes domestiques.

La force probante de ces *tabulæ*, on le voit, était poussée bien loin ; de simples écritures sur ces *tabulæ* faisaient preuve en faveur de leur rédacteur. C'est là une remarque qui a son importance ; car elle nous montre combien est fausse l'assimilation qu'on a essayé d'établir entre elle et nos livres de commerçants qui eux ne peuvent faire preuve en faveur des personnes de qui elles

1. Ortolan. *Explic. des Instit.* t. II, n° 1417.

2. Id.

3. Cic. *In Verr.* act. 2, lib. I, § 23.

4. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, lib. XIV, ch. 2.

émanent que par suite d'une faveur dont le juge est le maître, mais qui ne s'impose nullement à lui (1).

A la différence des *adversaria* qui étaient dénués d'autorité et de crédit public, les *tabulae* constituaient donc des modes de preuves puissants : on leur accordait foi entière et cela s'explique ; car nous l'avons déjà dit, elles émanaient ou du moins elles émanèrent uniquement pendant longtemps du *pater familias*, c'est-à-dire d'une puissance religieuse, partant d'une véritable puissance publique. Elles puisaient là leur autorité religieuse et publique. — Et d'autre part on est guère surpris de cette confiance extraordinaire, quand on considère qu'il dût entrer de bonne heure dans les habitudes romaines que le débiteur fit une inscription corrélatrice sur son registre, de telle sorte qu'il arrivait que les registres des parties se servaient en général mutuellement de contrôle. Cette dernière considération nous paraît avoir d'autant plus d'importance qu'elle ressort clairement de la lecture des écrivains et de certains passages du Digeste (2) qui parlent de l'obligation de l'apport du *codex* ; Cicéron, dans sa harangue pour Cluentius, ne nous laisse guère de doute à cet égard quand il dit : « *Anni sunt octo, quum ista causa in ista meditatione versatur, quum omnia, quæ nunc ad eam rem pertinent et ex hujus et ex aliorum tabulis, agitatis, tractatis, inquiritis* (3). » — Gardons-nous de conclure cependant que l'apport des registres fut une obligation pour le demandeur ou le dé-

1. V. C. Co. art. 12.

2. Dig. *De edendo*, lib. II, tit. 13.

3. Cic. *Pro Cluentio*. 30.

fendeur et une condition *sine qua non* pour gagner son procès. Se refuser à montrer ses *tabulae* en justice sur la demande formelle de son adversaire, c'était sans doute se mettre soi-même en suspicion et la prétention invoquée devait assurément être considérablement ébranlée devant un tel refus. Mais somme toute, rien n'obligeait les juges à condamner, et ils pouvaient apprécier en toute liberté les raisons qui pouvaient militer en faveur de celui qui s'obstinait à ne pas produire ses livres. Et le fait est qu'il y avait des circonstances dans lesquelles il eût été bien impossible à la partie à qui on demandait ses registres de les produire, par exemple si cette partie se trouvait être un pérégrin. Sans doute les pérégrins pouvaient se trouver obligés par suite d'une inscription sur les *tabulae* d'un citoyen romain ; cela découle naturellement de la nature du *codex* qui ne faisait que constater une obligation préexistante ; mais ce n'était pas l'écriture qui faisait naître l'obligation, c'était la *res* mentionnée par cette écriture, et Gaius lui-même fait cette déduction : « *unde proprie dicitur*, dit-il, *arcarius nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniae obligantur : quod genus obligationis juris gentium est* (1). — Mais ces pérégrins, n'avaient pas l'habitude de tenir des registres. Ils avaient des modes de preuves particuliers, *sui generis*, qui s'introduisirent dans la société romaine et qui durent exercer une très grande influence sur le développement de la preuve littérale, peut-être même sur la nature de l'obligation littérale. Qu'étaient-ce

1. Gaius, *Comm.* III, § 131, § 132.

que ces modes de preuve, sous l'empire de quels besoins se développèrent-ils, quelle fut leur influence, c'est ce que nous rechercherons après avoir étudié le contrat *litteris* proprement dit.

CHAPITRE II

DU CONTRAT LITTERIS

Genèse de l'obligation littérale.

C'est dans le codex qu'il faut chercher le principe de l'obligation littérale. Comment est-elle née ? C'est là un point obscur qu'il est difficile d'éclairer. On a essayé de la faire dériver d'une opération juridique unique d'où l'on fait découler tous les contrats : le pesage *per æs et libram*. L'obligation littérale ne serait pas autre chose que l'expression fictive de ce pesage sur le registre, sur les *tabulæ*. Nous ne reviendrons pas sur cette théorie que nous avons indiquée et suffisamment développée dans notre introduction, et sur l'exactitude de laquelle nous nous sommes permis d'émettre quelques doutes. Considérer cette obligation littérale comme une dérivation de la *mancipatio* primitive, n'est-ce pas, en effet, la regarder comme un développement naturel et nécessaire du droit civil ? Or, on est bien en droit de trouver cette hypothèse quelque peu hasardeuse, quand on songe d'une part que ce procédé est une fiction qui, comme toute fiction, n'a pu naître qu'à une époque assez avancée et, d'autre part, que son utilité est relativement assez minime en présence de la stipulation qui est le contrat romain par excellence. Sans doute, c'est un contrat qui cadre bien avec l'esprit

formaliste des Romains ; car il est essentiellement formaliste, plus formaliste même en un certain sens que la stipulation, ou du moins plus strict qu'elle. Ce caractère rigide, il ne l'a certes pas emprunté au formalisme qui a dû aller en s'adoucissant : le fait est qu'il aurait dû être moins strict, car il est né probablement après la stipulation, les procédés graphiques n'ayant pu s'introduire qu'assez tard dans la société romaine. La stipulation était donc le contrat usuel quand le contrat *litteris* a commencé à se développer. Sous l'empire de quelles nécessités, de quels besoins a-t-il pu donc naître ? Peut-être qu'avec le développement de la société romaine et partant avec l'extension des relations juridiques, la stipulation est-elle devenue un instrument insuffisant ; on sait, en effet, que la stipulation ne pouvait avoir lieu qu'entre personnes présentes. Il devait donc devenir utile d'inventer un instrument nouveau pour permettre de traiter avec les personnes absentes : cet instrument fut le contrat *litteris*, qui pouvait intervenir entre absents, ainsi que nous le verrons par la suite. Quoi qu'il en soit, cette raison essentiellement utilitaire ne nous semble pas pouvoir expliquer par elle seule l'apparition du contrat *litteris* dans la pratique romaine. Il est difficile, en effet, si on s'en tient là, d'expliquer le caractère particulièrement rigoureux de l'obligation littérale. Il faut donc rechercher des causes d'un ordre différent. Ne pourrait-on pas, avec plus de vraisemblance, en rattacher les origines à la dureté implacable de la législation romaine envers les emprunteurs ? On sait combien le droit primitif était cruel envers les débiteurs : les formalités

qui entourent le prêt nous l'attestent ; le lien juridique qui unit le débiteur au créancier ne prend naissance en effet, qu'après une mancipation préalable de la personne de celui qui s'oblige. A Rome, plus que partout ailleurs, cet usage que l'on constate au début de toute société persista longtemps ; le tempérament froid, sec, âpre au gain, impitoyable du peuple romain, était bien fait pour garder longtemps une aussi cruelle empreinte. La terminologie elle-même la porte : elle nous accuse la force du lien de volonté, qui allait jusqu'à l'asservissement de la volonté de celui qui s'obligeait, par ces mots *vinculum*, et surtout *nexum* (*nectere*, attacher). Sans doute, la nécessité de se livrer d'avance à son créancier pour obtenir de lui de l'argent, va en s'effaçant, à mesure que le crédit se développe. Mais le débiteur n'en reste pas moins exposé pendant fort longtemps à devenir la propriété de son créancier ; s'il ne paye pas à l'échéance, il devient son esclave, et le créancier a sur lui droit de vie et de mort. L'action de la loi *per manus injectionem* aboutit à ce résultat : elle est, en effet, la main-mise sur une personne, son appréhension corporelle. Le débiteur a trente jours pour s'acquitter : « *triginta dies justi* » (1). C'est une sorte de trêve, d'armistice légal. Passé ce délai, s'il n'a pas payé, le créancier peut l'amener devant le magistrat *in jure* ; il le saisit par quelque partie du corps en disant : « *Quòd tu mihi judicatus sive damnatus es* (par exemple *sestertium decem milia*) *quæ dolo malo non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium X millia judicati manu injicio.* » Impossible au

1. Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, XX, 1.

débiteur de repousser cette main-mise. De fait il est esclave et comme tel il ne peut plus agir par lui-même s'il a des objections à faire ou des contestations à élever : il lui faut un garant, un répondant solvable, un *vindex* qui le réclame et le libère. S'il ne s'en présente pas, il est attribué par le prêteur à son créancier dont il devient l'esclave. Pendant soixante jours cela se continue ; puis, à l'expiration de ce délai, après trois jours de marché consécutifs, il est définitivement *addictus* et il est vendu comme esclave à l'étranger, *trans Tiberim*. Voilà le droit de la loi des Douze Tables (1) et voilà ce que nous voyons chez les jurisconsultes et chez les écrivains (2). Telle est à cet égard la cruauté caractéristique du vieux droit quiritaire. Aussi l'histoire nous présente-t-elle le spectacle sans cesse renouvelé de luttes violentes, souvent sanglantes entre Plébéiens et Patriciens, entre riches et pauvres. La plèbe se soulève souvent et pousse le cri de vengeance contre la classe riche qui écrase par l'usure, l'usure toujours grandissante, les pauvres débiteurs ; la République s'en trouve plus d'une fois profondément agitée (3). Au milieu de ces luttes incessantes, le droit n'a-t-il pas pu se modifier quelquefois au profit de la classe victorieuse ? Cela est fort probable, particulièrement en ce qui concerne le *codex*. Simple instrument de preuve pendant longtemps, le *codex* a grandi en autorité ;

1. Loi des Douze Tables. — Table III. — Ortolan, t. I, *Hist. de la légist. rom.*, p. 101.

2. V. Aulu-Gelle, *loc. cit.* — Gaïus, *Comm.*, IV, 21 ; *Comm.*, III, 189 et 190.

3. Tite-Live, V, 14 ; VI, 36 ; VII, 16. — Denys d'Halic., IV, II, etc.

certaines mentions sont devenues obligations littérales. Ne pourrait-on pas considérer cette extension de la force probante du *codex* qui va jusqu'à être un mode créateur d'obligations, comme une de ces transformations qui ont été en quelque sorte la consécration d'un triomphe de l'aristocratie d'argent sur la classe des plébéiens, à un instant donné dans l'histoire de ces longues luttes intestines qui désolèrent pendant si longtemps la République? Rien ne contredit une pareille hypothèse et l'histoire semble bien lui donner un certain caractère de vraisemblance. Le contrat *litteris* serait donc né accidentellement : il serait venu accentuer la rigueur de la législation romaine à l'égard des débiteurs. Ce sont là des conjectures et des conjectures sans doute très vagues qu'il est impossible d'appuyer sur aucun texte précis ; mais c'est une hypothèse à laquelle la nature même de l'obligation littérale telle que nous la connaissons à travers quelques passages de jurisconsultes et d'écrivains, paraît bien donner quelque apparence de raison. C'est ce que va montrer la suite de cette étude.

SECTION I. — Conditions de validité du contrat *litteris*.

Tout contrat était subordonné en principe quant à son existence à deux sortes de conditions : à des conditions de fond ou de validité et à des conditions de formes ; en d'autres termes, il y avait dans tout contrat ce que l'on appelle des formalités *intrinsèques* et des formalités *extrinsèques*. Le contrat littéral était soumis comme tous les autres contrats à ces deux formalités et ce sont ces

deux points que nous allons successivement parcourir. Nous examinerons d'abord les conditions de validité du contrat *litteris* en nous attachant à rechercher quelles personnes pouvaient en faire usage, à quels objets il était applicable, quelles étaient en effet les modalités dont il était susceptible.

La stipulation d'abord exclusivement accessible aux citoyens romains a fini par pouvoir être employée par les pérégrins (1) ; elle est entrée dans le droit des gens. Le contrat littéral n'a pas suivi cette marche ; il a gardé toujours son caractère originaire ; toujours l'usage en est demeuré restreint aux seuls citoyens romains. Toutefois à en croire Gaius, il y avait grande dissidence à cet égard entre les deux principales sectes de jurisconsultes, les Proculéiens et les Sabinien (2). La doctrine de Nerva, c'est-à-dire la doctrine proculéienne affirmait qu'il n'y avait pas possibilité pour les pérégrins, de se servir du contrat littéral exclusivement réservé aux Romains. Les Sabinien au contraire faisaient une distinction : ils distinguaient entre la *transcriptio a re in personam* et la *transcriptio a persona in personam*. « Si a re in personam fiat nomen transcriptitium etiam peregrinos obligari : si vero a persona in personam non obligari. » La *transcriptio a re in personam* était donc selon les Sabinien à la portée des pérégrins. Mais pourquoi cette différence ? Voici l'explication qu'on a essayé d'en donner : la *transcriptio a re in personam* était accessible aux pérégrins sans doute parce qu'elle paraissait moins créer

1. Gaius, *Comm.* III. § 93.

2. Id. § 133.

une obligation à leur charge. que modifier la forme d'une obligation dont ils se trouvaient déjà tenus; au contraire, on ne pouvait pas leur permettre la *transcriptio a persona in personam* parce qu'elle aurait transporté sur leur tête une obligation à laquelle jusque-là ils avaient été absolument étrangers. Mais nous ne pouvons pas à l'inverse dire qu'un Romain ait pu se trouver obligé par une inscription sur le livre d'un pérégrin, si toutefois ce dernier en tenait un, ce qui est peu probable : la théorie sabinienne ne vise à notre avis que l'obligation d'un pérégrin par une inscription sur le livre d'un citoyen (*queritur an obligantur perigrini — etiam perigrinos obligari*). En tout cas, la théorie sabinienne n'est qu'une opinion et il est plus vraisemblable de penser qu'en réalité on ne faisait aucune différence entre les deux *transcriptiones*, et que toutes deux furent toujours réservées uniquement aux citoyens romains.

L'application de l'obligation littérale était également limitée, quant à son objet. Elle ne s'étendit pas à ce point de vue comme le contrat verbal. La stipulation, le contrat type, le contrat romain par excellence s'est écarté peu à peu de sa nature primitive. Étroite à son début, rude, elle s'élargit à mesure que Rome s'étendit, elle devint plus élastique, plus flexible et elle arriva même à s'adapter à toute espèce d'objets. Ainsi une *res* quelconque, un *factum* même ont pu faire à un moment donné l'objet d'un contrat verbal, de sorte que la *condictio* naissant de la stipulation pouvait être tout aussi bien une *condictio incerti* ou *tricticaria* qu'une *condictio certi* (1). Le

1. Dig. 12-1. *De reb. cred.*, 9. Ulp.

contrat littéral au contraire est toujours demeuré le même, il est toujours resté limité, quant à son objet, c'est-à-dire restreint à des obligations de quantités certaines, de sommes d'argent (*pecunia certa*), à des choses fongibles, qui se comptent. Aussi ne donnait-il jamais lieu, de même que le *mutuum*, qu'à une *condictio certi* ou *condictio certæ pecuniæ*.

L'objet de l'obligation littérale était donc tel qu'on pouvait le décomposer matériellement ou intellectuellement en parts tout à fait semblables entre elles et ne différant du tout que par la quantité; il était par conséquent essentiellement divisible. Il en résultait pratiquement que la dette pouvait s'éteindre pour partie : tout dépendait d'ailleurs, ici, du bon vouloir du créancier qui pouvait à sa faculté exiger un paiement total et poursuivre pour le tout. Voilà le caractère de l'objet de toute obligation littérale; et ce caractère est en parfaite harmonie avec la nature des origines de l'*expensilatio* que nous avons indiquées. L'obligation littérale avait pour objet spécial la constatation de deux numérations d'argent qui pouvaient être l'une et l'autre purement fictives. Telle est la conclusion où nous nous trouvons nécessairement amenés.

Il découlait de là que le contrat *litteris* ne comportait pas l'apposition d'une condition expresse : il l'excluait nécessairement. Cette déduction rationnelle s'appuie sur un texte formel des *fragmenta vaticana* : « *Sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur aut acceptum vel expensum fertur* » (1). Au contraire, il était de

1. *Fragm. vatic.*, § 329.

principe que les conditions tacites pouvaient affecter certains actes qu'une condition exprimée aurait rendu nuls ; aussi est-on à peu près d'accord pour prétendre que le contrat *litteris* était susceptible d'une condition tacite : cette proposition semble avoir quelque fondement dans les textes (1). Le terme tacite devait également être admis puisque partout où la condition tacite était admise, le terme tacite l'était aussi. Pour ce qui est du terme exprès, il y a discussion. A suivre le principe général, on serait tenté de repousser toute insertion du terme exprès ; car les actes qui étaient viciés par l'insertion d'une condition expresse l'étaient également par l'insertion d'un terme exprès. Cependant, nous ne croyons pas devoir nous ranger à cette manière de voir, et nous pensons que le créancier pouvait fixer un terme pour le remboursement des espèces prêtées. C'est ce qui paraît bien résulter du texte qui suit :

« Mon créancier Avienus, dit Cicéron dans une de ses lettres (2), me promet d'inscrire ma dette sur son livre à l'échéance que je voudrai. »

Et puis, il est d'autant plus permis de penser qu'il en était ainsi, que le terme est une de ces clauses « si usuelles dans toute dette d'argent qu'elle en est comme le complément naturel et indispensable. »

Par la même raison, une convention d'intérêts devait naturellement trouver place dans un contrat *litteris*, et les textes prouvent qu'il en était ainsi. Cette clause, en

1. *Cic. Ad. div.*, IV, 18.

2 *Id.*, VII, 23.

effet, accompagnait si fréquemment l'*expensilatio*, que les termes *expensum ferre* et *fænerare* (1) sont parfois employés comme synonymes.

Le contrat litteris pouvait-il engendrer la solidarité ? — Sur ce point, les jurisconsultes se divisent. Avant d'entrer dans la controverse, remarquons que la stipulation était la source principale des obligations corréales et solidaires : elle était la source originaire, et il est fort probable que pendant longtemps sans doute elle fut le seul moyen d'arriver à la solidarité, de telle sorte qu'on se trouve en présence, si on accepte l'opinion de ceux qui veulent faire de l'*expensilatio* un mode générateur d'obligations solidaires, du singulier phénomène que voici : Le contrat *litteris* est parvenu à être créateur d'obligations solidaires peut-être au moment même de son déclin. Cela est-il possible ?

Il semble bien cependant que cela soit ainsi. Plusieurs textes du Digeste le supposent, ou du moins paraissent le supposer. Nous en citerons trois qui appartiennent au jurisconsulte Paul et que nous allons essayer d'analyser. Ce sont la L. 7 § 19. *de Pactis*, la L. 9 *pr. eod. titul.* et la L. 34. *De Receptis*.

Prenons le premier : il vise un pacte qu'il était permis de faire intervenir après l'ouverture d'une hérédité et par lequel les créanciers accordaient une certaine remise à l'héritier pour le déterminer à faire adition. Mais quand les créanciers ne pouvaient se mettre d'accord à ce sujet, force était alors d'avoir recours au prêteur qui par un

1. *In Verrem*, II, 70.

décret sanctionnait l'avis de la majorité. Mais quelle majorité? — C'est le fragment 9 *pr.* qui nous répond à cet égard : « *Plures sunt rei stipulandi*, dit-il, *vel plures argentarii quorum nomina simul facta sunt.* » Paul répond : « *Unius loco numerabuntur, quia unum debitum est.* » Ainsi le jurisconsulte vise une conjonction qui réunit *plures rei stipulandi* à *plures argentarii quorum nomina simul facta sunt*, et il met en quelque sorte sur la même ligne l'obligation née au profit de plusieurs par une stipulation, obligation qui n'est autre chose qu'une obligation solidaire, et une obligation créée au profit de plusieurs par un contrat littéral. Qu'est-ce à dire, sinon que cette dernière obligation est également solidaire?

La loi 34 *De Receptis* vient également renforcer cette idée. Le jurisconsulte Paul suppose deux *rei credendi* ou *debendi*, dont l'un a fait un compromis, c'est-à-dire a consenti à s'en référer à un arbitre pour statuer sur l'existence de l'obligation corréale qui fait l'objet du procès, et il s'est engagé à une peine pour le cas où il ne se conformerait pas à sa décision, en stipulant également une peine à la charge de son adversaire, au cas où ce dernier ne voudrait pas s'incliner devant la sentence de cet arbitre : la peine est-elle encourue si l'autre *reus* qui n'a point pris part à la convention, poursuit ou est poursuivi au mépris de la sentence?—Paul ajoute : « *Idem in duobus argentariis quorum nomina simul eunt.* Même question relativement à deux banquiers dont les titres concordent. » Ces *argentarii* sont donc considérés par le jurisconsulte comme *duo rei credendi*, et cela par l'effet d'une *expensi-*

latio. On ne peut pas, semble-t-il, s'expliquer plus clairement.

Et cependant, il est permis d'hésiter à cet égard : sans doute ces textes supposent la corréalité, mais est-ce à dire que cette corréalité soit le résultat de cette *expensilatio*? Il ne faut pas oublier, en effet, que les fragments en question mettent en scène des *argentarii*; or les associations des *argentarii* avaient le caractère exorbitant de droit commun, que tout membre de ces sociétés devait répondre à lui seul de la totalité de la dette inscrite sur les *tabulae* de la société, et qu'en conséquence tout *socius* pouvait exiger le paiement de la totalité d'une créance. Or qu'est-ce qui nous dit que la corréalité ne soit pas la conséquence nécessaire d'une association, d'un rapport de société existant entre eux? — Et il est d'autant plus permis de croire qu'il en était ainsi, qu'il est parfaitement démontré que ces sociétés ne tenaient qu'un seul *codex* pour tous les associés, ainsi qu'en témoigne Cicéron dans un passage de ses *Verrines* où il parle des rapports de Verres avec une société représentée par un nommé Carpinatius. Il y avait donc entre associés pour l'exploitation d'une *argentaria* une sorte de solidarité légale par l'effet de laquelle étaient modifiés les principes ordinaires qui voulaient que toutes les fois qu'un associé avait contracté avec un tiers, cet associé pût seul être poursuivi. Quant à la solidarité conventionnelle résultant d'une double *expensilatio*, les textes, croyons-nous, ne nous autorisent pas à l'établir. Ces textes ne sont pas, comme le croit M. Demangeat (1), « des indices positifs

1. *Tr. de la solidarité*, p. 160.

de la possibilité de créer l'obligation solidaire par *expensilatio*. »

D'ailleurs, il est bien difficile de se rendre compte du mécanisme du contrat *litteris* en cas de corréalité, de la façon dont on s'y prenait pour construire le *nomen*. Cette difficulté cependant ne justifierait pas l'abandon que nous croyons devoir faire du système que nous venons d'exposer, si nous n'avions d'autres raisons plus sérieuses pour l'écarter. Selon nous, en effet, il y a une impossibilité logique de concevoir plusieurs *correi litterarum obligationum* et cette impossibilité résulte de la nature même et de la forme des *tabulæ* ; car pour faire naître l'obligation solidaire, chaque créancier ou débiteur solidaire aurait dû inscrire un *acceptum* ou un *expensum* de toute la somme : il y aurait donc eu pluralité d'inscriptions et par conséquent pluralité d'obligations, (puisque une inscription créait par elle-même une obligation) ce qui eût été contraire au résultat que l'on visait puisqu'il ne devait y avoir qu'une seule obligation, et d'ailleurs comment écrire plusieurs inscriptions ! Logiquement la pluralité d'inscriptions vient se mettre en contradiction avec la forme de l'obligation littérale ; car il n'y a eu qu'une seule numération fictive qui ne pouvait nécessairement se traduire sur le registre que par une unique double *expensilatio* ; et puis c'eût été falsifier l'état de caisse puisqu'il n'y aurait pas eu égalité entre le nombre des *acceptum* et des *expensum*.

Concluons donc que plusieurs personnes associées pouvaient parfaitement faire un contrat littéral, mais que ce contrat littéral n'a jamais pu par sa vertu propre donner naissance soit à une solidarité active soit à une solidarité passive.

SECTION II. — Conditions de formes.

Si nous abordons maintenant la question des formalités extrinsèques de ce contrat, nous sommes frappés du rôle effacé, qu'y jouait le débiteur. Sans doute, on exigeait son consentement pour faire naître l'obligation; les contrats formalistes comme les autres contrats reposaient sur un accord de volontés, seulement ici, l'accord était supposé par les formalités qui l'entouraient. Mais l'inscription sur le registre du créancier suffisait pour faire naître l'obligation. Sur ce point les témoignages des écrivains et des jurisconsultes sont à peu près précis et concordants : nous voyons toujours le créancier écrire qu'il a déboursé une certaine somme pour le débiteur (*expensum ferre debitori*), et ces écritures sont portées non pas sur une feuille volante ou sur un livre quelconque, mais sur le *codex accepti et expensi* sur la nature duquel nous nous sommes déjà entretenus. Ce ne sont pas là de simples conjectures, mais bien des affirmations qui reposent sur des textes formels de Cicéron (1). C'était donc le créancier qui jouait le rôle prépondérant. L'accord de volontés tant qu'il restait à l'état de simple convention idéale ne produisait pas d'effet : il ne produisait de lien juridique que tout autant qu'il venait se matérialiser par l'inscription sur le registre du créancier et c'était ce créancier qui inscrivait le *nomen*; quant au débiteur, son rôle se bornait à donner l'or-

1. Cic., *In Verr.*, 2^e act., I, 36 ; *Pro Rosc. comœd.*, 1 à 5.

dre (*jussum*) d'inscrire ce *nomen* ; et le *jussum* de ce débiteur était indispensable à la formation de l'obligation. La nécessité de ce consentement préalable de l'obligé ne fait aucun doute : l'idée seule de contrat la comporte, et les textes l'établissent. « *Cūr potius illius, dit Cicéron, quam hujus crederetur? Scripsisset ille, si non jussu hujus expensum tulisset? non scripsisset hic, quod sibi expensum ferri jussisset* (1). Valère Maxime (2) nous montre également la nécessité d'un *jussum* dans la faiblesse de Visellius Varron cédant aux captations d'une femme. Théophile dans sa paraphrase des Institutes va même plus loin, car il affirme que le consentement se traduisait par des paroles spéciales, consacrées, par une interrogation et une réponse que l'inscription sur le registre avait précisément pour objet de constater. Assurément Théophile connaissait mal le contrat *litteris* pour en parler de la sorte, ce qui n'est du reste pas très étonnant, car il vivait longtemps après la disparition de ce contrat. Le contraire de ce qu'il dit ressort des ouvrages des écrivains et des jurisconsultes qui attestent que juridiquement, on n'exigeait aucune prononciation solennelle de paroles. Il n'y avait pas besoin de prononciation de paroles pour que le contrat prît naissance, puisqu'il pouvait avoir lieu entre absents, ce que nous dit positivement Gaius « *Sed absente expensum ferri potest, etsi verbis obligatio cum absente contrahi non possit.* » Deux choses suffisaient : 1° le *jussum* préalable du débiteur ; 2° l'inscription par le créancier, du *nomen* sur le registre,

1. *Pro Rosc. orat.*, 3, § 1.

2. Val. Max., lib. VIII, cap. 2.

inscription que ce dernier pouvait faire quand il voulait, sans l'assistance ni de l'autre partie, ni de témoins. Cela est si vrai qu'il pouvait arriver et qu'il arrivait souvent dans la pratique que le créancier en prit note d'abord sur ses *adversaria*, sur son registre brouillard, ce qui ne créait pas encore l'obligation, et qu'il n'inscrivit ce *nomen* que plus tard en faisant le dépouillement et le report de ses notes, ce qu'il faisait régulièrement chaque mois. Cela ressort du passage suivant de Cicéron qui argumentant contre l'existence ou la sincérité d'un *nomen*, de ce que la mention en est oubliée depuis trois ans dans les notes mensuelles, s'exprime ainsi :

« *Quam pridem hoc nomen, Fanni, in adversaria retulisti? Sunt duo menses jam dices. Tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit. Amplius sunt sex menses. Cur tamdiu jacet hoc nomen in adversariis? Quid si tandem amplius triennio est? Quomodo, quum omnes qui tabulas conficiant, menstruas pene rationes in tabulas transferant, tu hoc nomen triennium amplius in adversariis jacere poteris? Utrum cetera nomina in ordinem referebas, hoc nomen triennio amplius, quod erat in primis magnum, in adversariis relinquebas?* » (1).

Ainsi, il fallait le consentement du débiteur, mais ce consentement n'était astreint à aucune forme déterminée. Voilà un premier point établi. Pour avoir gain de cause, le créancier n'avait qu'à produire son livre en justice. Il n'était pas nécessaire que le consentement du débiteur se traduisît sur le livre de ce débiteur. Il n'était nul besoin,

1. *Pro Roscio comædo orat.*, 3 § 3.

pour que l'obligation se forma, de deux inscriptions corrélatives, l'une sur le registre du débiteur, l'autre sur le registre du créancier. L'écriture obligatoire était « l'œuvre exclusive du créancier » (1). La bilatéralité d'inscriptions semblerait cependant assez naturelle : elle cadrerait parfaitement avec ce qui se passait pour la stipulation dans laquelle des paroles étaient indispensables de part et d'autre, où les deux parties jouaient un rôle égal et parlaient toutes deux, l'une interrogeant et l'autre se bornant à répondre. Aussi conçoit-on aisément qu'il y ait des juriconsultes qui prétendent que l'obligation n'était formée que tout autant qu'une mention correspondante avait été inscrite par le débiteur sur son registre. Ils appuient cet argument d'analogie sur le § 137 des *Commentaires* de Gaius qui, rapprochant l'obligation *verbis* de l'obligation *litteris*, semble exiger pour la formation de l'une comme de l'autre obligation la nécessité de deux mentions concordantes : « *Quum alioquin*, dit le juriconsulte, *in verborum obligationibus alius stipulatur, alius promittat ; et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius (referendo) obligetur* » (2). C'est sur le mot *referendo* qu'ils se fondent, mais si on remarque que ce mot ne figure pas dans la nouvelle lecture qu'on a faite du manuscrit de Gaius, force est bien de reconnaître que l'argument de texte n'a aucune valeur ; bien plus, il se retourne contre le système que nous combattons. Reste l'argument d'analogie pur et simple dépourvu de tout fondement dans les textes. Suivant nous, il repose sur une pétition de principe. Et puis,

1. Accarias : *Précis de droit romain*, t II, p. 394.

2. Gaius : *Comm.*, III, § 137.

comme le fait justement observer Ortolan (1), si on avait exigé une mention bilatérale, « le procès civil se serait borné à la confrontation des deux registres : l'inscription manquant sur celui du débiteur, tout aurait été dit ; faute de cette inscription, l'obligation n'aurait jamais pris naissance, pas plus que dans une stipulation faite de réponse. » Or, en droit, il n'en était pas ainsi. Sans doute, en pratique, le débiteur inscrivait sur son registre comme reçue la somme qu'il avait autorisé le créancier à inscrire sur son registre comme pesée et donnée. C'était même un devoir pour tout honnête homme de le faire, ainsi que l'atteste Cicéron : « *Nam quemadmodum turpe est scribere non debeat ; sic improbum est non referre quod debeas.* » Mais ce n'était là qu'un devoir et il n'est pas permis de conclure que l'accomplissement de ce devoir, si sacré qu'il pût être, fût une condition essentielle et sacramentelle de l'existence de l'obligation. Aucun texte ne nous autorise à tirer une pareille conclusion : les textes semblent plutôt dire le contraire. Et, d'ailleurs, à supposer même que nous admettions la nécessité de mentions réciproques, comprendra-t-on le doute du jurisconsulte sur la question de savoir si les Pérégrins pouvaient s'obliger *litteris*, eux qui ignoraient l'usage du codex ? Comprendra-t-on également la façon dont Cicéron défend le comédien Roscius poursuivi à raison d'une prétendue obligation littérale ? Cicéron (2) se demande si le créancier devait nécessairement perdre son procès parce que rien n'était ins-

1. Ortolan : *Op. cit.* t. III, p. 248.

2. *Pro Roscio comædo.*

crit sur le registre du débiteur son client et il semble bien résoudre la question négativement. Si Fannius, en effet, eût dû mentionner la dette alléguée par Cherea et que l'écriture sur le codex de Roscius eût été la condition *sine qua non* de cette dette, la prétention de Fannius fût tombée d'elle-même et n'aurait pas réclamé l'argumentation de Cicéron qui ne plaide qu'une seule chose : la nullité et l'irrégularité de l'inscription du demandeur provenant de ce qu'elle se trouve sur un simple brouillon mensuel.

Au créancier appartenait donc le rôle prépondérant dans la formation du contrat : c'était par son fait que la *causa civilis* de l'obligation prenait naissance. Une simple mention sur son registre suffisait pour créer l'obligation. Le créancier n'avait qu'à faire la preuve du fait matériel de l'inscription pour triompher en justice si par hasard il y avait contestation et cette preuve, il la faisait en apportant ses *tabulae* qui portaient la mention qu'il invoquait. Le rôle du débiteur était, au contraire, à peu près effacé ; après avoir donné son consentement, il restait complètement dans l'ombre au point de vue juridique. Sa situation était d'autant plus inférieure à celle du créancier que ce dernier n'avait pas à faire la preuve de son consentement : il était légalement présumé obligé par la mention qui se trouvait sur le registre du créancier.

Cependant, cette opinion n'est pas universellement acceptée. Ortolan (1) pense que la preuve du consentement du débiteur était également à la charge du créancier qui

1. Ortolan, *op. cit.*, t. III, p. 248.

pouvait l'établir par tous les moyens possibles, soit par la production de lettres émanant du débiteur, soit par celle de témoins. Et cette manière de voir semble avoir quelque fondement dans les textes ; elle paraît bien résulter de plusieurs passages de Sénèque et de Cicéron qui supposent l'intervention dans un contrat *litteris*, de témoins, d'agents intermédiaires qualifiés de *pararii*. C'est Sénèque qui, déplorant le peu de crédit accordé à la bonne foi et les précautions dont on s'entourait dans les affaires, dit : « *Cogere fidem quam spectare malunt. Adhibentur ab utraque parte testes, Ille per tabulas plurimum, nomina, interpositis parariis, facit : ille non est interrogatione contentus, nisi rem manu sua tenuit* » (1). Parlant ailleurs de ceux qui ne veulent recevoir qu'en secret, sans donner des sûretés, le même Sénèque s'exprime ainsi : « *Quidam nolunt nomina secum fieri, nec interponi pararios, nec signatores advocari, nec chirographum dare* » (2). N'est-ce pas pour faire la preuve du consentement de ce débiteur à l'expensilation qu'on faisait intervenir ces témoins ? C'est la conclusion que tire de ces textes Ortolan. Pour nous, nous croyons que la présence de témoins s'explique naturellement sans qu'il soit besoin de supposer la nécessité pour le créancier de faire la preuve du *jussum* du débiteur. Il était d'usage, en effet, et c'était un usage fort ancien, de faire intervenir des témoins représentant sans doute le peuple entier dans toutes les solennités juridiques. Sans doute, ces témoins disparurent dans tous les contrats, mais ils se conservèrent dans le contrat *litteris*, probablement pour servir à

1. Sénèque, *De beneficiis*, lib. III § 15.

2. *Ibid.*, lib. II § 23.

réfuter l'exception prétorienne, si elle venait à être opposée par hasard par le débiteur. Cette explication est-elle contredite par les textes cités plus haut? Nullement. Dans le premier passage, en effet, Sénèque assimile un homme qui fait venir des agents inférieurs (*pararii*) pour être témoins de la rédaction d'un écrit, avec celui qui veut que son prêteur se lie de sa propre main; il s'agit là, d'une garantie ajoutée aux solennités ordinaires et voilà tout. Le second texte met également la sûreté résultant de la présence de témoins sur le même pied que la rédaction d'un écrit. On doit donc en conclure en faveur de notre système.

Les adversaires de notre opinion invoquent encore un texte de Cicéron qui s'exprime ainsi: « *Suum codicem testis loco recitare arrogantia est: suarum prescriptionum et litularum adversaria proferre non amentia est* » (3). Nous traduisons: « Faire lecture publique de son codex au lieu de produire un témoin, c'est de la jactance; mais exhiber son registre mensuel où les notes sont mêlées de ratures, n'est-ce pas un acte de démente? » Commençons par remarquer que Cicéron ne dit pas *solum codicem*, mais *suum codicem*. Et puis, de quoi s'agit-il en réalité dans ce texte?

L'orateur oppose l'écriture au témoignage qu'elle remplace (*loco*). Et cet acte il ne le qualifie pas d'irrégulier, de nul, mais d'*arrogans*, d'ambitieux. Rien encore dans ce texte n'indique la nécessité pour le créancier de faire la preuve du *jussum* de son débiteur. Cicéron veut dire dans ce passage: « C'est déjà bien beau que la loi per-

mette à un homme de l'emporter moyennant une preuve écrite émanée de sa main, tout comme si le *mutuum* s'était accompli en présence d'un témoin qui viendrait l'affirmer : celui qui use publiquement de ce privilège a l'air de faire parade d'un droit exagérant la présomption de bonne foi ; mais son orgueil se change en folie, quand au lieu d'apporter le registre en forme auquel la loi attribue cette vertu, il nous montre un brouillon plein de ratures comme les *adversaria*. »

La théorie d'Ortolan ne repose guère, on le voit, sur les textes, dont elle se prévaut cependant. Elle est d'ailleurs en contradiction avec la nature et le but du formalisme. La formalité de l'écriture, comme les formalités de tout contrat solennel, constituait, nous l'avons déjà dit, la *causa civilis* de l'obligation ; elle jouait à la fois le rôle de mode de générateur d'obligations et de preuve, elle se suffisait à elle-même.

Le débiteur n'avait donc d'autres ressources contre son créancier que l'exception de dol, lorsque l'inscription avait été faite sans son consentement. — Le droit civil ne lui offrait aucun moyen de combattre la prétention du créancier, quand elle reposait sur une mention dans le *codex*. Une écriture seule suffisait à créer le lien juridique et ce lien était indestructible *jure civili*. Est-ce à dire pourtant qu'il n'y avait pas de cause naturelle ? — Non, certes. — Tout comme dans le contrat verbal, il y avait toujours un fait préexistant : quelque engagement à remplir, ou une intention de libéralité venaient motiver l'*expensilatio*. C'était par exemple une vente, un louage, un prêt, un dommage causé, une donation qui précédaient l'ex-

pensilatio sur le registre du créancier. C'est ce qui résulte des paragraphes 128 et 129 du commentaire III de Gaius dont voici le texte : « § 128. *Litteris obligatio fit, veluti in nominibus transcripticiis. Fit autem nomen duplici modo, vel a re in personam, vel a persona in personam.* »

§ 129. « *A re in personam transcriptio fit, veluti si id quod ex emptionis causa, aut conductionis, aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero.* »

SECTION III. — Fonctions du contrat *litteris*.

Maintenant que nous avons étudié les formes du contrat *litteris*, que nous en connaissons l'appareil externe dans tous ses détails, c'est le cas, et le texte de Gaius nous y invite en quelque sorte, de pénétrer plus avant dans la matière qui fait l'objet de notre étude, en analysant la structure interne et les différentes fonctions de l'obligation littérale.

A. — Et d'abord pourquoi le nom de *transcriptio*, pourquoi cette appellation de *nomina transcriptitia*? D'une façon générale, on appelait *nomina* toutes les inscriptions de créances au nom d'une personne sur les *tabulae*. De là vient qu'en appliquant le mot au droit d'obligation lui-même, on a appelé *nomina* toutes les créances. Cette expression était employée pour désigner les *nomina arcaria* simples instruments de preuves et les *nomina transcriptitia* qui étaient générateurs d'obligations. — Mais quel était le sens spécial de l'expression *transcriptitium nomen*? — Sur ce point les romanistes ne sont pas d'accord.

D'après M. Ducaurroy (1), le *nomen* prenait la qualification de *transcriptitium* parce que, inscrit d'abord sur les *adversaria*, il était transcrit (*transcribitur*) ensuite sur le *codex accepti et expensi*. Le mot *transcriptio* désignerait donc dans cette opinion le report sur le *codex* de sommes d'abord inscrites sur les *adversaria*.

Nous ne saurions adopter cette explication, car à ce compte les *arcaria nomina* seraient devenues également des *nomina transcriptitia* (2), puisqu'eux aussi étaient notés sur les *adversaria* et reportés ensuite sur les *tabulae*. Il résulterait ensuite de cette manière de voir que les *adversaria* auraient été une condition essentielle de la *litterarum obligatio* (3), ce qui n'est pas admissible. Gaius dit justement le contraire : il a grand soin de distinguer les *arcaria nomina* d'avec les *arcaria transcriptitia* ; les *arcaria nomina* ne servent pas à former, mais à constater une obligation. « *Nullam facere obligationem, sed obligationis factæ testimonium præbere* (4). »

Il faut donc chercher ailleurs la raison de cette dénomination. Elle vient selon d'autres de ce que l'obligation changeait ou de personne ou de *causa debendi* (5), parce que prenant sa cause dans quelque opération antérieure et destinée à remplacer par novation la créance née de cette opération, elle passait de là en une inscription sur le ré-

1. Ducaurroy, *Tr. de Dr. Romain*, t. 2, p. 274, note a.

2. Gide, *op. cit.* p. 201, voir note 1.

3. Maynz, *op. cit.*

4. Comm., III, § 131.

5. *Trans*, dans la composition des mots exprime la transition, le passage d'un lieu dans un autre.

gistre. « La créance opérait une sorte de novation, ce que semble bien prévoir Gaius, quand il dit : « *a re in personam transcriptio fit ; a persona in personam transcriptio fit.* »

Nous ne pensons pas également qu'on puisse se ranger à cette opinion, tout en reconnaissant le point de vue exact sous lequel elle se place. Nous ne croyons pas que ce soit cette idée que le jurisconsulte romain ait entendu mettre en relief par cette expression *nomen transcriptitium*. Nous avons déjà vu que le *codex* était avant tout un livre de caisse. Aussi, qu'on y fit figurer des *arcaria nomina*, cela était tout naturel et cela allait de soi ; mais comment faire figurer dans un livre de caisse des *nomina transcriptitia* puisque l'état comptant n'était nullement changé par eux : de leur introduction dans ce livre serait nécessairement résulté un faux état de caisse. Comment empêcher cela ? Très probablement, quand le débiteur avait donné son consentement, le créancier faisait la chose suivante : il opérait la *transcriptio*, et comment l'opérait-il ? Il portait comme *acceptum* la dette qui devait être éteinte et puis comme *expensum* la nouvelle créance formée par l'écriture, et le débiteur de son côté faisait, s'il le voulait, l'opération inverse dans son registre. D'après cela, chaque *nomen transcriptitium* figurait à la fois à l'*expensum* et à l'*acceptum*; il était transcrit d'une colonne sur l'autre et cela pour éviter l'inexactitude dans l'encaisse. De là vient la qualification de *nomen transcriptitium*. Telle est la conclusion de Savigny(1): « chaque *nomen transcriptitium*, dit-il, devait être écrit deux fois sur le même *codex*, une fois à la colonne de l'*expensum*, une autre fois à la colonne de l'*ac-*

1. Vermischte Schriften, t. I, p. 239, *in fine* et p. 240.

ceptum ; et c'est bien directement sur cela que paraît se fonder l'expression *nomen transcriptitium*. » C'est bien la manière la plus satisfaisante d'expliquer le mot *transcriptitium*. Au contraire on ne pouvait songer à donner cette dénomination à l'*arcarium nomen* parce que en tant que *formere*, il modifiait l'état de caisse et qu'il n'y avait par conséquent pas lieu de le modifier par une mention double et contradictoire. Il ne figurait donc qu'en mention unique. Ces assertions nous paraissent confirmées par les textes. Elles trouvent un certain appui dans un passage des *Verrines* dont voici l'objet (2) : Verres en province était tuteur du jeune Malleolus : après avoir pris en nature tout ce qui lui convenait, il vendit tous les biens de son pupille, et cette vente au dire de son adversaire produisit 2,500,000 sesterces. De retour à Rome, Verres ne rend ni fortune ni comptes. Les parents du jeune Malleolus le pressent d'indiquer le montant des biens qu'il était chargé d'administrer ; il porte à la fin de son registre comme pesés à l'esclave Chrysogon 600,000 sesterces, qu'il avait portés comme reçus de son pupille : « *Expensa Chrysogono servo sexcenta millia, accepta pupillo Malleolo retulit*. » Ce Chrysogon, qui est-ce qui en était le propriétaire, Verres ou Malleolus ? — Malleolus, selon l'opinion générale. Or, quand il s'agit de liquider les droits de Malleolus, on avait employé cet esclave et on avait choisi l'*expensilatio* comme moyen de régler le compte. Ceci étant donné, à quel procédé recourra-t-on ? Verres portera sur son registre *sexcenta millia* à l'actif de Malleolus (*acceptum a pupillo Malleolo*), mais comme il résulterait de cette inscrip-

2. In *Verrem*. act. II, lib. I, § 36.

tion un faux état de caisse, puisqu'il n'y a en réalité aucun mouvement de fonds, il portera aussi cette somme au passif de Malleolus ou plutôt de son esclave. (*Expensum Chrysogono, Malleoli servo, sexcenta millia*), ce qui, comme l'esclave ne peut être pour son maître un instrument d'obligation, ne formera qu'un passif fictif, ayant seulement pour but et pour effet de rétablir l'exactitude dans le compte de caisse de Verres. Voilà un exemple qui semble bien cadrer avec notre manière de voir et qui nous révèle en même temps le mécanisme pratique de l'obligation littérale. Il est vrai que ce texte a donné lieu à des interprétations fort diverses et que peut-être offre-t-il en conséquence une base peu certaine à la théorie que nous voulons édifier ?

Mais voici un passage du même Cicéron qui éclaire plus nettement le sens du mot *transcriptitium*. Nous l'empruntons au Pro Roscio : « *quæro quam pridem hoc nomen, Fanni in adversaria retulisti! sunt duo menses jam dices? tamen in codicem acceptum et expensum referri debuit.* (1) »

Ces mots *acceptum* et *expensum* que l'on trouve dans tous les manuscrits du plaidoyer de Roscius, ont paru si incompréhensibles aux éditeurs et aux commentateurs qu'ils se sont ingéniés à les corriger. Ils trouvent cependant une explication toute naturelle dans notre théorie qui n'est, somme toute, que l'application de la loi de correspondance de la forme qui a été mise en relief par Ihéring(2) : « un *nomen*, dit l'auteur de l'*Esprit du Droit romain*, couché sur le livre domestique devait-il être effacé ? comme l'inscription était portée au crédit

1. Pro Roscio, *loc. cit.*, III, § 3.

2. Ihéring, *op. cit.*, t. III, p. 309.

(*expensum*), l'amortissement devait être porté au débit (*acceptum*); le débiteur faisait l'opération contraire. » Le mot *transcriptitium* est donc l'expression même du caractère distinctif et essentiel du contrat *litteris*; cette dénomination caractéristique était bien celle qui lui convenait le mieux et les jurisconsultes romains si exacts dans leur langage n'ont pas hésité à la lui appliquer. Elle indique en effet une inscription géminée qui indique elle-même l'existence d'une double opération dans la composition de l'acte juridique en question. Le contrat littéral ne consistait pas en une seule inscription une *expensilatio*, mais en deux inscriptions corrélatives une *acceptilatio* et une *expensilatio* qui se faisaient en quelque sorte équilibre l'une et l'autre et étaient parfaitement en harmonie avec le caractère purement fictif de l'opération. Le texte de Gaius que nous avons cité plus haut ne contredit en rien notre manière de voir : il vient au contraire lui fournir un nouvel appui. Nous traduisons :

« Il y a, dit-il, *transcriptio a re in personam* si, par exemple, étant votre créancier pour une certaine somme en vertu d'une vente, d'une société ou d'un louage, j'inscris cette somme sur mon livre comme vous l'ayant prêtée, pesée. »

Que vise cette première partie du texte ? Elle suppose une opération juridique complexe, double : d'une part, la dissolution d'une obligation préexistante, une vente, un louage, un dommage causé, etc., ou toute autre espèce d'obligation analogue, et, d'autre part, la naissance d'une obligation nouvelle, celle-là d'une nature tout à fait différente qui vient se substituer à la première ; ces deux opérations purement fictives s'effectuent par un simple

transfert d'écritures. Tel est l'acte juridique dont Gaius nous fait l'analyse. Voici l'hypothèse qu'il suppose très certainement : Primus me doit 100 parce qu'il m'a acheté un cheval, par exemple ; je porte cette créance de 100 à la colonne de l'avoir (*accepti*) ; je mets : *centum Primo acceptum emptionis* ; puis à la colonne du débet (*expensi*), j'ajoute : *centum Primo expensum*. De cette façon, Primus me doit toujours 100, mais il ne me les doit plus en qualité de vendeur, mais en vertu d'une obligation littérale, du *nomen transcriptitium*, c'est-à-dire de la créance transcrite. Mon obligation ancienne s'éteint donc de plein droit, mais je recommence à être tenu en vertu d'une cause nouvelle. La cause ancienne est remplacée par un *nomen*. Voilà l'hypothèse prévue par le jurisconsulte.

Cette même transformation de l'obligation apparaît également dans la seconde partie du texte de Gaius avec un caractère aussi général. C'est un cas différent sans doute, mais un cas qui suppose encore un changement :

« La *transcriptio* a lieu d'une personne à une personne, dit Gaius ; par exemple, si, ce que Titius me doit, je le porte en votre nom comme pesé (*tibi id expensum tulero*), c'est-à-dire si Titius vous a délégué à moi. »

Dans cette *transcriptio a persona in personam*, il y a comme dans la *transcriptio a re in personam* une opération à double face. Seulement ici, on ne se trouve plus en présence d'un changement d'obligation, mais d'un changement de débiteur. C'est un nouveau débiteur qui se substitue à l'ancien débiteur. Le débiteur primitif est censé avoir remis l'argent dû à son créancier, lequel est censé l'avoir remis au nouveau débiteur à titre de prêt.

L'opération repose donc sur une double fiction : d'un côté il y a un paiement fictif, de l'autre il y a un prêt fictif. L'ancienne créance ne s'éteint pas purement et simplement : elle est remplacée par une autre. Il y a délégation : la délégation est, en effet, un prêt fictif fait par le délégataire au délégué. Cette double fiction, qui se déduit naturellement du texte de Gaius, s'appuie également sur de nombreux textes au Digeste (1) qui la supposent. Elle devait probablement se traduire mécaniquement sous la forme suivante sur le codex du créancier :

<i>CODEX ACCEPTI</i>	<i>CODEX EXPENSI</i>
<i>Acceptum Titio centum.</i>	<i>Expensum Mœvio centum.</i>

Ici, comme dans le premier cas, on fera donc deux inscriptions corrélatives. Le créancier devra inscrire deux fois sur son *codex* la somme qui lui est due : d'un côté, il devra l'inscrire à la colonne de l'*acceptum* comme si elle avait été payée par l'ancien débiteur ; de l'autre, il devra l'inscrire à la colonne de l'*expensum* comme prêtée à un nouveau débiteur. Pratiquement, il y a eu substitution d'un *nomen* à un autre *nomen*. Cette conception si simple, aperçue pour la première fois en 1841 par un jurisconsulte suisse, Frédéric-Louis Keller, devenue classique en Allemagne, consacrée par Savigny et par Salpius, a été développée en France par Paul Gide. M. Gide va même plus loin : pour lui, l'opération ne se bornera pas à deux inscriptions corrélatives sur le registre du créancier. Cette double inscription devra se retrouver sur trois registres ;

1. Dig., l. 8 § 3, *Ad S. C. Vell.*, XVI, I ; L. 32, *De R. C.*, XII, 1 ; L. 21 § 1, *De donat.*, XXXIX, 5.

car il y a trois parties en cause : le délégant, le délégué et le délégataire. Prenons un exemple :

Titius est débiteur de Sextus pour une somme de 100 et créancier de Sempronius pour la même somme. Il y a donc deux obligations, mais Titius, au lieu de payer Sextus, lui délègue Sempronius. Il y a là trois effets qu'on retrouve dans toute délégation et l'opération pourrait se traduire mécaniquement sur les *codices* respectifs des trois parties sous la forme suivante :

CODEX TITII		CODEX SEXTI		CODEX SEMPRONII	
c. accepti	c. expensi	c. accepti	c. expensi	c. accepti	c. expensi
Acceptum	Expensum	Acceptum	Expensum	Acceptum	Expensum
Sempronio	Sexto	Titio	Sempronio	Sexto	Titio
centum	centum	centum	centum	centum	centum

En d'autres termes, Titius porte 100 à l'*expensum* de Sextus qui porte la même somme à l'*acceptum* de Titius. L'obligation se trouve ainsi éteinte entre eux.

Sempronius porte 100 à l'*expensum* de Titius qui porte la même somme à l'*acceptum* de Sempronius. Leur obligation est aussi éteinte.

Sextus porte 100 à l'*expensum* de Sempronius qui porte la même somme à l'*acceptum* de Sextus. Ici se trouve un nouveau *nomen* qui lie Sextus et Sempronius.

Voilà l'opération pratique, opération qui a eu l'avantage de laisser l'état de caisse de chacun des intéressés intact de toute modification, n'altérant en rien l'exactitude des registres. Les rapports complexes de la délégation se trouvent donc nettement exprimés par un simple jeu d'écriture. Il y a une triple fiction dans ce *nomen transcriptitium*.

On peut concevoir d'autres hypothèses analogues ; car Gaius ne cite les cas que nous venons d'examiner qu'à titre d'exemple. Ainsi, on peut supposer que Titius est toujours débiteur de Sextus, mais sans être créancier de Sempronius ; il veut pourtant le déléguer à Titius pour profiter d'un crédit de 100 qu'il lui ouvre ; il le peut, et l'opération s'exprimera de la façon précédente, avec cette différence, toutefois, qu'il y aura deux obligations formées.

On peut même aller plus loin et supposer une *transcriptio* s'opérant sans aucune créance antérieure. C'est l'hypothèse dont nous parle Savigny. Entre nos trois personnes, il n'y a ni dette ni créance : elles sont libres l'une vis-à-vis de l'autre de tout lien juridique. Mais Titius demande à Sextus de lui ouvrir un crédit : ce dernier, soit qu'il ne connaisse pas Titius, soit qu'il ait peu de confiance en sa solvabilité, refuse, se déclarant prêt toutefois à créditer Sempronius. Titius alors d'accord avec Sempronius le délègue à Sextus et lui ouvre un crédit pour le couvrir. Les inscriptions sont faites ici *credendi causa* : il n'y a eu aucun déplacement d'argent ; le registre ne porte que des numérations fictives, et en effet, ce qu'a Titius, c'est un crédit sur Sextus dont il peut disposer à son gré.

On pourrait imaginer encore bien d'autres formes de *transcriptiones* plus ou moins compliquées les unes que les autres et dont l'utilité est difficile à établir à première vue.

Il semble en effet que la stipulation était beaucoup plus simple, beaucoup plus facile à employer, et on est quelque peu étonné qu'on ait songé à user de tous ces

détours d'écritures pour arriver à des résultats auxquels on pouvait arriver plus aisément au moyen du contrat verbal. Et cependant, ces procédés étaient fort pratiques: les écrivains nous en fournissent de nombreux exemples. C'est qu'ils offraient un avantage précieux sur la stipulation, celui de s'employer à distance, celui de permettre à un très haut degré la circulation du crédit et de favoriser ainsi le commerce. Mais laissons plutôt la parole à M. Gide⁽¹⁾ qui insiste beaucoup sur la simplicité et la commodité de ce mécanisme et qui nous met vigoureusement en relief les avantages qu'il pouvait présenter dans la pratique :

« Se réduisant à quelques écritures, dit-il, il n'exigeait point la présence simultanée des parties et il pouvait se prêter dans la pratique aux applications les plus variées et servir tour à tour, soit à transférer et à faire circuler les créances, soit à ouvrir des crédits de place en place, soit enfin à acquitter les dettes sans numéraire, en les soldant les unes par les autres. Ces *transcriptions* étaient sans doute un instrument moins perfectionné que nos lettres de change, nos lettres de crédit ou nos *Clearing-houses*, mais dans une mesure plus bornée, elles rendaient les mêmes services et remplaçaient de même les transports et les versements de numéraires par de **simples écritures**. »

Des développements que nous venons de donner, il résulte donc que le contrat *litteris* consistait non pas en une seule inscription, mais en deux inscriptions corréla-

1. Gide, *op. cit.*, p. 197.

tives qui, se faisant pour ainsi dire contre-poids l'une et l'autre, maintenaient en équilibre la balance des comptes. Mais, dirait-on, le texte de Gaius ne suppose qu'une seule inscription; il ne parle que de l'*expensum* et on n'y trouve rien de relatif à l'*acceptum*. Le silence de Gaius n'affirme-t-il pas notre solution? — Nullement, car il doit y avoir corrélation complète entre la forme et le fond, et le fond de l'opération que décrit Gaius, suppose implicitement et nécessairement une double opération, quant à la forme. Le jurisconsulte n'envisage l'acte qu'au point de vue du fond, de sa fonction ordinaire : il laisse dans l'ombre la question des formalités dont il ne parle que d'une façon accessoire. Le texte de Gaius ne fait donc que confirmer notre théorie.

Nous disons que Gaius s'occupe surtout de la fonction ordinaire du *nomen transcriptum*, et cette fonction paraît être la novation. Il semble bien en effet résulter du texte de Gaius qu'une obligation préexistante soit nécessairement la base de tout contrat littéral, que le cercle d'application de ce contrat à cet égard se restreigne à changer en une autre une obligation antérieure. Le contrat *litteris* n'avait donc pas pour objet comme la stipulation, soit la formation, soit la transformation des obligations; il ne pouvait donc pas créer une obligation *a priori*, primordiale. Gaius comme Théophile ne parle jamais du contrat littéral que comme opérant changement d'objet ou changement de personne.

B. — Malgré cela un grand nombre de romanistes estiment qu'on pouvait former à l'aide d'un contrat littéral

une obligation primordiale. (1) Cette opinion paraît s'étayer sur quelques textes assez sérieux, notamment sur un passage de Cicéron qui mentionne une obligation naissant *nominibus* et sur un autre de Valère Maxime qui nous présente un cas de donation faite par contrat littéral. Voici le fait :

Visellius Varron « *commercium libidinis habuerat* » avec une courtisane du nom d'Otacia. Dangereusement malade, il voulut laisser à cette fille une somme de 300000 sesterces sous forme de donation à cause de mort, et dans ce but il autorisa Otacia à écrire contre lui cette somme comme *expensa* dans le *codex* qu'elle tenait, pour qu'elle pût après sa mort réclamer cette somme à ses héritiers : « *trecenta millia expensa tibi ferri passus est.* » Varron guérit : sa maîtresse se fondant sur ce *nomen* intenta contre lui une action. Aquilius, juge de l'affaire, prononça l'absolution du défendeur, annula l'acte invoqué par la demanderesse. Pourquoi ? Valère Maxime (2) garde le silence sur ce point. C'est ce qui fait que le texte en question peut ne pas paraître entièrement probant en faveur de l'opinion de ceux qui prétendent que le contrat *litteris* était susceptible de produire une obligation *a priori*. Car pourquoi y a-t-il annulation de la donation sinon, semble-t-il, parce que la donation ne pouvait pas être faite valablement par une *expensilatio*. Cependant nous croyons pouvoir justifier autrement l'absolution du défendeur, car si l'annulation de l'acte avait eu lieu pour le

1. Demangeat. *Dr. Rom.* T. II p. 293 ; Accarias T. II. n° 579.

2. Val. Max. lib. 8 cap. 2 § 2.

motif qu'on vient de donner l'affaire ne serait pas présentée comme douteuse ; ce qui faisait doute, ce devait donc être autre chose que la validité d'une donation par *expensilatio*. Ce pouvait être par exemple l'oubli d'une formalité, peut être l'opposition par le défendeur, de l'exception de dol fondée sur ce qu'il y avait *turpis causa* de sorte qu'il fallait appliquer la maxime « *in turpi causâ, potior possessor esse debet* » (1) et débouter en conséquence la demanderesse, ou bien encore l'opposition de l'exception de dol fondée sur ce qu'il s'agissait ici d'une *mortis causa donatio* qui dès lors ne devait pas produire son effet contre le donateur revenu à la santé. (2) Une donation pouvait donc être faite par *expensilatio*. Voici un autre cas que nous empruntons à Cicéron (3) et qui vient fournir un nouvel argument à notre théorie :

Deux compétiteurs au consulat avaient promis 400 000 sesterces aux consuls sortants pour arriver à les remplacer, et cette incroyable convention avait été revêtue de la forme de l'écriture sur les codices : « *hæc pactio non verbis, sed nominibus et perscriptionibus multorum tabulis quum esse facta diceretur probata a Memmio, nominibus inductis.* » c'est donc que l'écriture pouvait donner naissance à une obligation sans qu'il fût besoin de la rattacher à un rapport de droit préexistant.

Veut-on un autre exemple tout aussi concluant que le précédent ? Nous le prenons dans Savigny : (4) il s'agit d'une

1. D. fr. 8. *De condict ob turpem.*

2. D. fr. 14 *De dol. mal. exceptio.*

3. Cic : *ad Attic.* ep. 18.

4. *Op. cit.* p. 251.

intercession à venir. Un Romain veut construire une maison à Naples ; il s'adresse à un entrepreneur que nous nommerons Titius. Sans doute, il pourrait lui envoyer 100 *aurei* pour payer au fur et à mesure les dépenses de construction, mais au lieu de cet envoi direct de fonds, il préfère recourir à une *expensilatio* et se constituer ainsi immédiatement débiteur des 100 aurei envers cet entrepreneur Titius qui écrira sur son *codex* un *expensum*, tandis que le mandant inscrira de son côté d'une manière analogue sur son *codex*, un *acceptum*. Mais, dira-t-on, ne peut-on pas voir dans cette opération que nous décrit Savigny une novation de la future action *mandati contraria* de l'entrepreneur napolitain, ce qui est parfaitement possible, car nous avons des textes qui montrent qu'une obligation future pouvait être conditionnellement novée pour le cas où elle naîtrait. Savigny a prévu l'objection : c'est oublier, dit-il, que l'*expensilatio* n'était pas susceptible de condition, ce qui repoussait toute idée de novation conditionnelle.

Il semble bien découler de tous ces exemples que nous venons de parcourir, qu'une obligation préexistante n'était pas nécessairement indispensable à la formation d'un contrat *litteris*. — Mais le texte de Gaius ne vient-il pas se dresser contre cette théorie ? — Quant à nous, nous ne le croyons pas : le paragraphe 128 des commentaires de Gaius, si on l'examine bien attentivement, n'est nullement exclusif de la création d'obligations primordiales au moyen d'un contrat *litteris* : sa contexture nous le montre.

Gaius ne fait que nous donner des exemples d'obliga-

tions littérales et des exemples qui semblent viser des novations : ce qui nous le prouve bien, c'est la place même de l'expression *veluti* : elle précède dans le texte les mots *nomina transcriptitia* ; le jurisconsulte ne semble-t-il pas avoir voulu indiquer par là un véritable choix parmi les divers contrats *litteris*? — Et ce qui nous prouve bien encore que telle a été son intention, c'est qu'au paragraphe 134, il nous parle précisément d'autres obligations littérales ; ce qui fait dire à un jurisconsulte que « sans doute les cas que Gaius présente constituent de vraies novations, mais qu'il les présente seulement comme des exemples explicatifs » (1). Mais ne peut-on pas objecter que ce mot *veluti* que l'on invoque dans la théorie que nous présentons, indique avec une plus grande apparence de raison un rapprochement entre l'*expensilatio* et le *mutuum* dont il a été traité dans les paragraphes précédents? Peut-être l'objection peut-elle se soutenir? Mais nous pensons qu'en attachant même ce dernier sens au mot *veluti*, on peut s'expliquer encore le silence de Gaius sur les *nomina* créateurs d'obligations primordiales, sans être obligés d'en nier l'existence. Ne peut-on pas dire en effet que le silence de Gaius est dû à ce que la création d'une obligation par contrat littéral était de tous les *modes* celui qui donnait lieu aux plus grandes et aux plus sérieuses difficultés, que par conséquent son emploi dans ce but était fort rare et qu'il n'a eu d'utilité et rendu de services que dans sa forme la plus simple, la novation. N'est-il pas permis d'admettre

1. Savigny, *op. cit.*

d'autre part, que ce contrat *litteris* n'était pas au temps de Gaius ce qu'il avait pu être originairement, qu'il avait subi des transformations successives et qu'on peut fort bien après trois siècles d'existence ne pas le retrouver dans toute sa pureté ? Les *nomina transcriptitia* qui nous sont présentés par Gaius n'auraient-ils pas fini par suppléer aux autres *nomina* générateurs d'obligations *a priori*, et ne seraient-ils pas arrivés même à les supplanter ? Rien ne vient contredire cette hypothèse, Il n'est donc pas permis d'affirmer que les textes repoussent toute idée de formation d'obligation primordiale par voie de contrat *litteris*.

Bien plus cette idée se conçoit rationnellement : je suppose en effet que moi, je demande à Secundus de me prêter 1,000 sesterces ; Secundus y consent, mais à la condition que je lui permette de me porter sur son *codex* à la colonne de *l'expensum*. Cette *expensilatio* est opérée, puis Secundus refuse de me livrer les écus qu'il m'a promis et il intente contre moi la *condictio certi* née de cette *expensilatio* : il triomphera d'après le droit civil. Peut-on dire cependant dans l'hypothèse que l'inscription sur le *codex* ait transformé une obligation préexistante ? Non certes. En réalité un *mutuum* aurait dû être effectué, mais il n'existe pas puisqu'il n'y a eu aucune tradition d'écus ; donc il n'y a ici aucune obligation antérieure qui vienne servir de base au contrat *litteris* ; par conséquent le principe de l'obligation qui existe en l'espèce et qui fait naître une *condictio certi* réside uniquement dans l'*expensilatio*, et c'est cette *expensilatio* qui crée par elle-même une obligation primordiale. C'est un acte juridique qui n'a

besoin de rien de réel pour être contrat : peu importe lorsqu'il s'agit d'une pareille opération, qu'il y ait ou non une cause préexistante; tout ce qui est à considérer, c'est si la forme a eu lieu régulièrement. Nous croyons toucher ici au fond même du problème, et expliquer par là même le prétendu silence de Gaius. Il y avait en effet, croyons-nous, dans tout contrat *litteris*, une obligation préexistante qui devait nécessairement servir de cause à l'obligation nouvelle; c'est ce que suppose Gaius, mais cette obligation antérieure n'était exigée que pour la forme seulement par la loi romaine. Ici cause et forme se confondaient, ne faisaient qu'un. La cause était la formule même et cette formule était le principe générateur de l'obligation *litteris* qui n'existait pas sans elle, ce qui fait dire fort judicieusement à M. Gide (1) que « ce n'était pas l'existence mais la mention écrite d'une obligation antérieure qui était ici la condition et l'élément du contrat. » Il y aurait eu dans cette créance antérieure quelque chose d'analogue à la clause *valeur reçue* qui dans nos effets de commerce représente le prix du billet souscrit. Une simple écriture suffisait donc pour créer une obligation. Peu importait que l'obligation présumée fût valable, annulable ou inexistante : le contrat était solennel et le juge n'avait pas à rechercher la cause réelle de l'obligation. Pourvu que la mention d'une obligation antérieure, peut-être inexistante, fût faite sur le codex du créancier, l'obligation littérale prenait naissance. Voilà en quel sens les commentaires de Gaius supposent très probablement la préexistence d'une obligation; et voilà en quel sens un

1. Gide, *op. cit.*, p. 199. 5

contrat *litteris* pouvait être créateur d'obligations primordiales.

C. — Dans le courant de ce développement, nous avons toujours supposé que la *transcriptio* opérait novation. Mais est-il permis d'être aussi affirmatif surtout après les explications que nous venons de donner sur la nature de la *transcriptio*? Et, en effet, le texte de Gaius n'est nullement explicite sur ce point, et il semble même qu'il repousse toute idée novatoire. Sans doute il suppose une obligation préexistante, mais cette obligation y figure tout aussi bien comme simple motif de l'inscription du *nomen* que comme objet principal d'une novation que les parties auraient voulu faire. Le silence de Gaius à cet égard est d'autant plus à remarquer que toutes les fois que l'occasion s'en présente, il ne manque pas de signaler les cas de novation qu'il trouve sur son passage. Ainsi, quand il énumère les divers modes d'aliéner, il est amené naturellement à parler du transfert des créances par stipulation, et il n'oublie pas d'ajouter : « *quæ dicitur novatio obligationis.* » Bien plus, quand il parle de la novation et il en parle en détail, il ne nous dit pas mot d'une novation *per expensilationem* (1). D'autre part, on en chercherait vainement la trace dans la longue compilation de Justinien. Dans tous les textes, la novation ne nous est présentée que comme le résultat d'une *litis contestatio* ou d'une stipulation ; nulle part, nous ne la voyons procéder d'une *expensilatio*. Novation et contrat *litteris* nous sont au contraire présentés par les textes comme deux actes

1. V. Gaius, *Comm.*, II, 38 ; III, 128-134, 176-179.

séparés, absolument indépendants l'un de l'autre. Telles sont les conclusions auxquelles ont abouti Salpius (1) en Allemagne et Paul Gide en France, qui ont essayé tous deux de les justifier à un point de vue rationnel.

Pour eux, le texte de Gaius éveille l'idée d'une délégation : on ne peut voir dans tout contrat *litteris* qu'une délégation et qui dit délégation ne dit pas nécessairement novation. La délégation est le préliminaire d'un transport de créance supposant un nouveau titulaire créancier ou débiteur prenant la place de l'ancien sur l'ordre de celui-ci. Elle peut s'opérer soit par *litis contestatio* (2), soit par contrat verbal, soit par *transcriptio* et il n'y a de ces trois formes qu'une seule espèce de délégation qui opère novation : c'est la délégation par voie de stipulation. La délégation par *transcriptio* n'est nullement novatoire. Novation et *transcriptio* sont, en effet, deux actes essentiellement différents : au fond qu'est-ce que la novation d'une créance ? C'est la transformation d'une créance ; elle consiste à substituer une forme nouvelle à une forme ancienne que l'on détruit. Mais, qu'on le remarque bien, ce n'est que la forme seule qui se trouve atteinte par cette opération. La substance de l'obligation ancienne subsiste ; les exceptions qui y étaient sous-entendues continuent à pouvoir être invoquées comme auparavant. « La forme change, mais le fond reste. » Au contraire, la *transcriptio* est une opération complexe qui matériellement se décompose en deux actes bien distincts : on y trouve, en effet, deux *numerationes*, l'une à titre de

1. Salpius, p. 90.

2. Gaius, II, 39.

paiement, l'autre à titre de prêt, toutes deux purement fictives il est vrai, mais se modelant comme toute fiction sur la réalité. Il y a là quelque chose d'analogue à une conversion de dépôt en un prêt, où l'on aperçoit également deux opérations séparées, complètement indépendantes l'une de l'autre. La seule différence qu'il y ait, c'est que dans ce cas la séparation est plus tranchée et partant plus saisissable que dans la *transcriptio*. Mais dans ces deux actes la transformation est radicale; la substance de l'obligation ancienne est détruite. On ne s'occupe plus du passé; le nouvel acte juridique est seul pris en considération. Le nouveau créancier ne tient ses droits que de lui seul, il n'a pas d'auteur, il n'est l'ayant-cause de personne, puisque l'opération qui le fait créancier ne peut se rattacher à rien. En d'autres termes, le fond change comme la forme (1).

Cette analyse un peu subtile peut être, a un côté exact qu'on est bien obligé de lui reconnaître. Et en effet il est bien vrai qu'on aperçoit dans toute *transcriptio* deux parties distinctes, matériellement indépendantes l'une de l'autre : une obligation préexistante qui disparaît par le fait d'une simple opération d'écriture et une obligation nouvelle qui se forme par le fait d'une nouvelle opération d'écriture qui se détache complètement de la première, toutes deux se traduisant sur le codex du créancier par deux inscriptions corrélatives distinctes. Il y a entre ces deux parties une solution de continuité que l'on

1. Gide, *op. cit.*, p. 214; L. 27, D, *De novat.*, XLVI, 2; L. 32, D XXIV, 3.

aperçoit très nettement, si on examine les choses de près. Il y a dans le temps un moment intermédiaire où au point de vue juridique on se trouve complètement dans le vide ; ce moment peut se placer à l'instant où l'obligation nouvelle n'est pas créée. Il y a là deux actes distincts : un acte extinctif et un acte générateur. Il n'en n'est pas ainsi dans la stipulation aquilienne : ici l'extinction de l'obligation et la création de l'obligation nouvelle ont lieu au même instant : il y a concomitance entre les deux actes, c'est la réponse seule qui éteint et crée. L'acte extinctif et l'acte créateur se confondent dans le temps.

N'est-ce pas cependant exagérer cette séparation que d'aller jusqu'à prétendre que le contrat littéral ne comporte pas l'idée de novation ? — Sans doute au point de vue matériel, il y a séparation radicale entre les deux inscriptions, mais il ne suffit pas de les considérer seulement sous ce jour : il faut voir également le point de vue intellectuel, intentionnel. Or, au point de vue intentionnel, ces deux inscriptions sur le codex du créancier se rattachent intimément l'une à l'autre, elles se confondent, car elles tendent au même but, et en effet le créancier ne consent à éteindre la créance ancienne et à faire sur son codex une inscription extinctive que tout autant qu'on l'autorisera à créer une nouvelle obligation, à se créer de toutes pièces un nouveau titre au moyen d'une inscription génératrice corrélative sur son codex. Matériellement divisible, le contrat littéral reste un dans la théorie du droit classique. Les deux parties qui constituent tout *nomen transcriptitium* sont indivisibles ; l'une ne va pas sans l'autre ; envisagée seule

une partie ne peut produire aucun effet, il faut que la seconde vienne prendre place sur la colonne correspondante pour vivifier l'autre. Voilà où nous mène une analyse plus approfondie de l'opération juridique en question.

Quant aux textes, ils ne repoussent pas aussi formellement qu'on le prétend, l'idée novatoire. Sans doute, Gaius ne parle que de la stipulation comme pouvant produire novation, mais l'expression *veluti* que nous trouvons dans le texte où il en parle, montre bien, semble-t-il, qu'il n'entend pas exclure le contrat *litteris* des modes de novation. On ne trouve, dit-on, aucune mention de novation dans la compilation de Justinien, mais qu'est-ce que cela prouve ! — Rien autre chose que les commissaires de Justinien ont scrupuleusement retranché les passages dans lesquels le contrat littéral pouvait se trouver présenté avec cette fonction, ce qui ne peut guère nous étonner puisqu'à cette époque le contrat littéral était tombé en désuétude.

Il paraît donc probable que dans ces hypothèses, il pouvait y avoir novation et par conséquent dissolution d'un lien antérieur, novation par changement de *causa* dans le cas de *transcriptio a re in personam*, novation par changement de débiteur dans le cas de *transcriptio a persona in personam* et le plus souvent dans ce dernier cas novation en même temps par changement de créancier. Remarquons toutefois qu'il ne pouvait y avoir novation *a re in personam* que tout autant que l'obligation antérieure était séparée de l'inscription sur les registres par un temps suffisant pour que le tout ne pût être considé-

ré comme une seule et même opération ; sinon, il n'y aurait jamais eu qu'une obligation littérale. Par exemple, si la *transcriptio* intervenait immédiatement *ex continenti* après un *mutuum*, on ne pouvait parler de novation, car les deux actes n'en faisaient qu'un (1).

Mais quel intérêt pratique pouvait-il y avoir à se servir d'une *transcriptio litteris* pour opérer novation ? — Il semble en effet que l'utilité du contrat *litteris* à cet égard était assez minime, quand on songe que par une simple stipulation on pouvait arriver à nover une obligation et quand on considère surtout que la stipulation est probablement de beaucoup antérieure d'origine au contrat littéral. Pourquoi donc aurait-on pris la peine d'abandonner ce mode originaire pour prendre la voie détournée et souvent incommode de l'obligation littérale ? — Voilà un argument que l'on peut invoquer contre notre théorie et dont nous ne pouvons nous empêcher de reconnaître l'importance. Mais peut-être est-il possible cependant de s'expliquer l'emploi de la *transcriptio* pour réaliser une novation ? La *transcriptio* offrait en effet l'avantage de permettre aux absents de se servir de la novation. Mais en outre la novation résultant de la *transcriptio* se différenciait à un certain point de vue, de la novation résultant de la stipulation ; il pouvait donc y avoir à cet égard quelque intérêt pratique à se prévaloir d'une *transcriptio*. C'était un principe que dans toute novation l'ancienne obligation et la nouvelle ne pouvaient avoir qu'un

1. Nous croyons devoir appliquer ici, ce qu'Ulpien et Pomponius disent de la stipulation. Dig, 46, 2, de *Novat.*, 6, §. 1, Ulp. — fr. 7. Pomponius.

seul et même objet. Tous les textes, soit de Gaius, soit du Digeste, supposent, soit expressément, soit tacitement l'identité d'objet dans toute novation. Ainsi le texte de Gaius ne vise exclusivement que le cas où les deux obligations n'ont qu'un seul et même objet. C'est donc qu'il n'y avait pas de novation par changement d'objet. D'ailleurs cette dernière proposition est supposée par la définition même de la novation par les jurisconsultes romains : « *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio.* » « Il y a novation quand ce qui était dû antérieurement est transvasé et transporté dans une obligation nouvelle. » La novation c'est la stipulation *debiti*, la stipulation de ce qui est déjà dû. — Et cependant on conçoit des circonstances dans lesquelles il pouvait être utile aux parties de changer l'objet de l'obligation qui les liait l'une et l'autre ; et avec les principes que nous venons de formuler, il y avait impossibilité logique à toute novation, toute acceptilation ou quittance générale.

Sans doute, à partir d'un certain moment, grâce à l'influence bienfaisante du préteur, cet *idem debitum* put être élargi d'une façon indirecte et détournée au gré de l'équité et des besoins. Mais si large que fût devenue le pouvoir de la jurisprudence prétorienne, il n'en n'était pas moins vrai que les moyens qu'elle pouvait offrir, n'étaient que des moyens détournés ne produisant pas toujours les résultats qu'on pouvait avoir en vue. Quand le besoin de changer l'*idem debitum* se faisait sentir, on était donc obligé de recourir à des procédés indirects que les parties devaient être peu disposées à employer. On se

servait de l'acceptilation et on éteignait ainsi l'obligation que l'on voulait faire disparaître; puis pour créer celle qui devait prendre la place de l'ancienne, on employait la stipulation; par là, l'objet se trouvait changé. Le procédé était complexe, on le voit; on aperçoit ici en effet deux opérations juridiques séparées l'une de l'autre, deux actes distincts: une obligation ancienne qui se dissout, une obligation nouvelle qui se forme. Ces deux opérations sont sans doute intimement liées l'une à l'autre en *fait*; l'intention des parties à cet égard ne peut pas faire l'objet du moindre doute pour unir les deux actes par une sorte de lien intellectuel, mais elle est impuissante à les unir en *droit*. Ces deux actes ne peuvent avoir entre eux aucun rapport juridique, car ils se suffisent chacun à lui-même et ils portent sur deux objets complètement différents. Il en résulte que si la première obligation éteinte par l'acceptilation est entachée d'un vice de nature à entraîner sa nullité ou son inexistence, ce vice ne s'étendra pas à la seconde obligation née de la seconde stipulation puisqu'il y a solution de continuité entre ces deux actes. Au contraire, la *transcriptio* se compose, il est vrai, de deux opérations distinctes au point de vue matériel, mais ces deux opérations sont essentiellement dépendantes l'une de l'autre en droit, et il en résulte que le vice de l'une entraîne le vice de l'autre. On conçoit donc dans une certaine mesure l'intérêt pratique qu'il pouvait y avoir à réaliser une novation au moyen du contrat littéral.

CHAPITRE III

DES ÉCRITS SÉPARÉS. CHIROGRAPHÆ ET SYNGRAPHÆ.

I

Avec le développement de la civilisation le cercle des modes de preuve devait nécessairement s'étendre. A mesure que Rome prit de l'extension, que ses relations d'intérêt s'accrurent et se multiplièrent, que les communications avec les étrangers devinrent plus fréquentes, la preuve littérale circonscrite à l'origine dans les livres domestiques dut grandir, s'étendre, se développer. Les pérégrins, particulièrement les Grecs (1) avaient des modes de preuves spéciaux : c'étaient les *syngraphæ*, les *chirographæ*, *apocha*, *antapocha*, *cautiones*, tous, des actes séparés, de simples feuilles volantes sur lesquelles ils mentionnaient les opérations juridiques qui intervenaient entre eux. Ces modes de preuves, ils les apportèrent dans leurs relations juridiques avec les citoyens romains, et c'est ainsi que peu à peu ces nouveaux écrits probatoires s'introduisirent dans les mœurs. A quelle époque à peu près firent-ils leur apparition ? Il est difficile de donner une date précise. Toujours est-il qu'on peut assurer que les *syngraphæ* apparurent très probablement les

1. Asconius remarque dans ces écrits la trace d'une origine grecque, quand il dit : « *scribi solet more institutoque græcorum.* » (*In. Verr. act.* II lib. 1 § 36.

premiers, au temps de la deuxième guerre punique ; car on les trouve mentionnés dans Plaute (1) c'est-à-dire plus de 200 ans avant Jésus-Christ. Les *chirographa* ne vinrent que plus tard, mais on peut affirmer déjà leur existence au temps de Cicéron.(2) Ces écrits augmentèrent peu à peu en importance ; insensiblement ils passèrent dans la pratique des citoyens romains, mais ce ne fut qu'assez tard ; pendant longtemps ils ne durent servir que dans le commerce juridique des pérégrins et des citoyens romains. Au temps de Cicéron il en était ainsi : cet écrivain, quand il s'occupe des *syngraphæ* ne nous parle en effet que de rapports d'affaires avec les habitants des provinces (3) ; bien plus, dans une affaire entre citoyens romains, il énumère les causes qui peuvent donner lieu à une *condictio certi* et il ne nous parle nullement des écrits séparés (4). Au temps de Gaius même, il devait en être ainsi ; car ce jurisconsulte atteste que cela est particulier aux pérégrins. La transfusion de ces modes de preuves dans les habitudes romaines ne s'opéra donc que plus tard. Cela s'explique quand on considère combien par son formalisme rigoureux la législation romaine était peu ouverte à toute innovation. Telle n'était pas la législation des grecs d'où venaient les écrits séparés ; là, point de formalisme ; la base unique

1. Plaute ; *Asin. act.* 4. *Sc.* I. vers 1 et suiv.

2. Cic. Lettres 250, 256, 262 à Atticus. Scaptius avait prêté à 4 p. 100 par mois à la ville de Salamine qui lui avait souscrit une *syngrapha* « *quaternas habebat in syngrapha.* »

3. Cic : *In Verr.* act. II, lib. I § 36 ; *De Legibus*, lib. III § 8 ; *De aruspicum responsis*, n° 13.

4. Cic. *Pro Roscio comædo*, 15.

du droit était, comme dans notre droit moderne, le seul consentement des parties. Les obligations comme la transmission de la propriété dérivait d'un simple accord de volontés (1) sans aucune formalité extérieure, sans rien de comparable à ce que les interprètes modernes du droit romain appellent *causa civilis obligationum*, ni aux contrats qui se forment *re aut verbis aut litteris*. Les parties étaient liées du moment qu'elles étaient d'accord ; le reste n'était qu'une affaire de preuve et c'était précisément en vue de cette preuve que l'on constatait généralement les résultats de ces accords de volontés c'est-à-dire les obligations, dans les écrits que l'on désignait sous les noms de *συγγραφαί* et de *χειρογραφαί*. Dans une pareille législation dans laquelle la conception du droit était si simple au point de vue philosophique, qui était fondée sur une analyse si exacte du fait qu'elle se contentait de poser des principes généraux dont l'application n'était plus qu'une affaire de tact, qui s'attachait exclusivement au fond et à l'intention en se détachant absolument de toute espèce de forme, dans une pareille législation la multiplicité des modes de preuves se concevait naturel-

1. « Toute promesse librement consentie est obligatoire » Démosthène. *Dyonis* 1283, 10 Reiske.

Cette opinion bien que contestée est admise cependant par MM. Dareste et Caillemet. V. Dareste ; *Introduit. aux Plaidoyers de Démosthène* p. 34 ; Caillemet, *Du contrat de vente à Athènes*, Rev. de législation, 1870-71. p. 636, 640. Elle semble trouver en effet quelque appui dans deux textes ; l'un de Théophraste, l'autre d'Aristote. (*Traité des lois de Théophraste*. p. 27, Rev. de législ. 1870-71, p. 27 ; Aristote ; *Rhétorique*, 1, 5, § 7 ; Didot, 1, p. 321.

lement, mais aussi par leur nature même, ces modes de preuve devaient avoir une force probante relativement assez restreinte. Ils s'étendirent en effet ; par leur nature ils devaient nécessairement se multiplier, car ils se trouvaient à la portée de tous, étaient infiniment plus commodes que les *tabulæ*. Mais ils ne durent pas perdre en s'intrônisant dans la pratique romaine leur caractère originaire, et s'élever en force jusqu'à pouvoir être des modes générateurs d'obligations. *Chirographa*, *syngraphæ*, *apocha* etc., étaient tous chez les Grecs et chez les autres pérégrins, de simples billets probatoires, et ce n'est pas, que je sache, la législation formaliste¹ et essentiellement scientifique des Romains qui a pu opérer une pareille transformation, à un moment surtout où elle commençait à être fortement battue en brèche. Non, le droit romain n'a pu modifier le caractère des *syngraphæ* et des *chirographa* et en faire, comme le soutiennent grand nombre de jurisconsultes éminents,⁽¹⁾ de véritables contrats *litteris* à l'usage des pérégrins. L'analyse philosophique vient contredire une pareille affirmation ; l'évolution historique vient la démentir ; les textes mêmes des jurisconsultes viennent protester contre une pareille théorie.

Il semble cependant à première vue que ces textes soient en complète opposition avec notre manière de voir. C'est d'abord Gaius qui dans ses *commentaires* paraît bien, non pas identifier mais assimiler tout au moins les

1. D'après les romanistes français, les *chirographa* et les *syngraphæ* constituaient de véritables obligations littérales ; parmi les actes séparés, il n'y avait que les *cautiones* qui étaient de simples billets probatoires. Ortolan : *op. cit.* t. III, p. 244 ; voir aussi *Appendice* Labbé.

chirographa et les *syngraphæ* à des véritables obligations littérales quand il nous dit : « *Præterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se aut scribat : ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat, quod genus obligationis peregrinorum proprium est.* (1)

Ce texte est le foyer de la controverse : c'est le terrain sur lequel se sont placés les romanistes français pour démontrer que les *chirographa* et les *syngraphæ* constituaient de véritables modes créateurs d'obligations. Mais avant d'entrer dans le champ de la discussion, demandons-nous ce qu'étaient au juste ces écrits séparés : ce sera pour nous peut-être un moyen d'éclaircir ce débat difficile et obscur.

Qu'était-ce donc qu'un *chirographum*? — C'était un acte privé, c'était la reconnaissance d'une dette ou la promesse de faire une dation écrite de la main du débiteur. La formule nous en est donnée par de nombreux textes au Digeste :

« *L. Titius scripsi me accepisse a Publio Mævio quindecim mutua numerata et hæc quindecim proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Publius Mævius, sponendi ego L. Titius* (2). »

C'était donc un acte unilatéral à la différence du *syngraphum* qui était au contraire un acte synallagmatique, qui était l'œuvre des deux parties ainsi que l'atteste ce passage du pseudo-Asconius. « *Syngraphæ signatæ utrius-*

1. Gaius. Comm. III, § 134.

2. Dig. L. 40. *De reb. credit.* XII. 1.

que manu utrique parte servandæ traduntur (1) ; » ce qui fait qu'il avait, c'est toujours au dire du même Pseudo-Asconius, une force probante supérieure à celle du *chirographum* : « *Inter syngraphas et cætera chirographa hoc interest : quod, in cæteris tantum quæ gesta sunt scribi solent ; in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit et non numerata quoque pecunia, aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solent.* » — Mais il ne faut pas pousser plus loin la différence entre ces deux sortes d'écrits et conclure comme l'ont fait quelques jurisconsultes allemands (2), de ce passage d'Asconius, que le *chirographum* était seul un moyen de preuve, mais que le *syngraphum* était plus qu'un moyen de preuve, qu'il constituait un contrat formel dont l'écriture, indépendamment de toute autre cause, était le fondement. Pour nous, *chirographum* et *syngraphum* avaient une origine commune ; ils avaient une nature identique ; il ne pouvait y avoir entre eux que des différences secondaires. Nous devons les mettre sur la même ligne comme le fait Gaius d'ailleurs, dont l'autorité doit nous paraître plus grande en pareille matière que celle du grammairien Asconius. En effet, dans le paragraphe 134 de ses commentaires, *chirographa* et *syngraphæ* sont compris dans le même membre de phrase, ce qui indique bien que le jurisconsulte entend leur attribuer les mêmes caractères.

Nous écartons donc ainsi l'opinion, qui s'appuyant sur Asconius, veut faire du *syngraphæ* des modes générateurs d'obligations en laissant les *chirographa* dans la classe des

1. Asconius : *In Verrem*, Act. 2, lib. I, § 36.

2. Savigny : *Dissert*, de 1816, p. 217 et 218.

écrits probatoires, mais nous restons en face du système plus logique, selon nous, qui, s'étayant sur le texte de Gaius, veut faire de ces deux écrits de véritables obligations littérales.

Mais, quant à nous, Gaius n'est pas aussi affirmatif à cet égard, qu'on le prétend dans ce système. Il ne dit pas : « *Litterarum obligatio fit chirographis, etc.*; » mais bien « *feri videtur.* » C'est en quelque sorte un rapprochement purement accidentel qu'il fait entre ces écrits et le véritable contrat *litteris* et c'est, croyons-nous, mal interpréter sa pensée que de vouloir le faire songer à établir une assimilation absolue entre un mode créateur d'obligation et de simples instruments de preuve. Et d'ailleurs ce rapprochement ne s'explique-t-il pas naturellement et ne devait-il pas se présenter à l'esprit de Gaius? — Le *chirographum* tenait lieu, en effet, de contrat *litteris* pour les pérégrins auxquels il n'était pas permis de s'obliger par stipulation; et en fait il leur était bien difficile, sinon impossible, de prouver leur consentement, qui, par lui-même est quelque chose de purement intellectuel, qui ne se saisit pas et qui n'aboutit pratiquement à rien, si un signe visible quelconque ne vient le manifester en justice; or, le *chirographum* ou le *syngraphum* était une trace matérielle de ce consentement, qui le rendait palpable, mais il ne pouvait par lui-même créer une obligation. Voilà comment on peut être amené à confondre de simples écrits probatoires avec des modes générateurs d'obligation, et voilà en même temps, ce qui les distingue nettement.

Sans doute, dira-t-on, cette analyse peut être exacte, mais le paragraphe 134 résiste à une pareille interpréta-

tion : car si les *syngrapha* et les *chirographæ* constituaient de simples actes probatoires, ils serviraient à prouver la stipulation aussi bien que tout autre ; or, c'est ce qui n'a pas lieu, le paragraphe 134 suppose formellement l'exclusion de la stipulation dont l'existence rendrait l'obligation littérale parfaitement inutile « *ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat*, » c'est-à-dire « pourvu qu'il n'y ait pas de stipulation. » Conclusion : Les *chirographa* et les *syngraphæ* ne pouvaient pas servir de modes de preuves d'une stipulation précisément parce qu'ils étaient eux-mêmes des modes de contracter. — Mais cet argument de texte tombe, quand on considère que la traduction que l'on donne du membre de phrase « *si eo scilicet nomine stipulatio non fiat* » ne s'impose nullement et qu'on peut tout aussi bien traduire de la façon suivante, « quand bien même il n'y aurait pas de stipulation. » En présence de deux interprétations aussi différentes et qui peuvent se soutenir également l'une et l'autre, il faut convenir que l'argument de texte perd considérablement de sa valeur. Nous nous trouvons donc amenés à accepter les conclusions qui se déduisent naturellement de l'analyse historique et de l'analyse rationnelle que nous avons esquissées plus haut.

Donc, le terrain de la controverse se trouve sensiblement limité dans le temps. Il nous est permis de conclure avec M. Gide que les *chirographa* et les *syngraphæ* à l'époque classique, au temps de Gaius, au deuxième siècle de notre ère, sont restés ce qu'ils étaient dans la législation athénienne. Ce ne sont pas des *modes générateurs* d'obligations, ce sont tout simplement des moyens de

preuve, des actes probatoires analogues peut-être à nos actes sous seing privés, en différant toutefois en ce qu'ils empruntent toute leur force non pas à la signature des parties, mais à l'unique écriture des parties, à condition cependant que ce soit bien l'écriture des parties qui se soient engagées dans les liens du contrat antérieur. Ils doivent être rangés dans la classe de ces écrits dont Gaius a dit : « *funt de his scripturæ, ut quod actum per eas facilius probari possit ; et sine his autem quod valet actum est si habeat probationem* ». (1)

Nous apparaissent-ils ainsi chez d'autres jurisconsultes, la transformation de ces écrits en contrats litteris ne finit-elle pas par s'opérer plus tard ? c'est ce que nous allons maintenant essayer de rechercher.

C'est ici le moment de parler du développement considérable des *chirographa* et des *syngraphæ* : à mesure que l'usage s'en multipliait, les rigueurs de l'*ipsum jus* allaient en s'effaçant. L'extension des *chirographa* et des *syngraphæ* est directement parallèle à la déchéance graduelle du formalisme : ce sont là deux phénomènes juridiques qui s'expliquent mutuellement ; ils apparaissent à peu près en même temps, naissent des mêmes besoins et se poussent pour ainsi dire l'un l'autre. Comme les phénomènes sociaux, ils sont solidaires les uns des autres. Notre étude fournit de ce fait un très curieux exemple.

On sait combien était étroite et rigoureuse la conception du droit civil. Reposant sur des formules qui enveloppaient nécessairement les volontés, elle s'expliquait

1. f. 4. *De fide instrumentorum*.

à une période de début, dans une société relativement restreinte où tout le monde se connaissait et devait avoir à honneur de tenir ses engagements avec loyauté et bonne foi. Elle présentait d'ailleurs au cas où ce sentiment d'honneur, ou du moins d'honorabilité n'eût pas suffi au respect des conventions, l'immense avantage de tarir les procès en leur source, puisqu'en justice on s'en tenait uniquement à l'enveloppe des volontés des parties ; somme toute, elle offrait la supériorité incontestable de rendre la preuve infiniment plus facile. De là l'habitude sans cesse grandissante de faire grand usage de ces formules et et d'en envelopper des contrats qui n'avaient nul besoin de cette forme pour exister, par exemple le *mutuum* contrat réel qui se formait, on le sait, par la simple numération des écus, mais qui joint soit à un contrat verbal soit à un contrat littéral, était pour les créanciers un moyen de se faire promettre des intérêts. Mais du jour où la société romaine s'étendit, où les relations se multiplièrent, où les affaires se compliquèrent d'une façon inextricable de manière à ce que la mauvaise foi trouvât le moyen de se glisser partout sous les formes les plus variées, ce formalisme, protecteur à l'origine, dût devenir passablement gênant pour ne pas dire tyrannique et l'on dut sentir la nécessité de le modifier et de le modeler selon les besoins. Mais le moule était trop rigide pour qu'on pût songer à le heurter de front ; pour le manier, pour l'assouplir, on dut procéder avec ménagement et d'une manière détournée. Le développement des écrits séparés d'une part, et la jurisprudence préto-

rienne d'autre part devaient coopérer à ce mouvement contre le formalisme.

Le besoin de se protéger contre la fraude dut favoriser naturellement l'extension des *cautiones*, *chirographa*, etc. On prit l'habitude de relater dans ces écrits, non seulement des contrats purement consensuels, mais encore les stipulations, et des stipulations même qui recouvraient des *mutuum*, et cela d'assez bonne heure. Cicéron nous en parle : il énumère les stipulations parmi les *res quæ scripto aguntur* ». (1) Quand nous disons que ces écrits relataient les stipulations, nous ne voulons pas dire par là qu'on était obligé d'y écrire les formules mêmes qui avaient été employées, la mention que les parties étaient présentes, condition indispensable, on le sait, à la formation de tout contrat verbal ; il suffisait de constater qu'il y avait eu stipulation ; pour le reste, il y avait une présomption d'accomplissement dans l'écrit, (2) présomption qui cependant n'était pas irréfragable ; car elle pouvait être combattue par le souscripteur par des moyens quelconques, ce qui faisait qu'une preuve littérale pouvait être combattue par une preuve testimoniale. Cette preuve littérale, à mesure qu'on avançait, gagna en importance. On s'aperçut des inconvénients découlant de la faculté donnée au souscripteur du billet d'opposer la preuve testimoniale à l'encontre de la preuve littérale. Justinien lui-même nous les signale d'ailleurs dans ses *Institutes* et le fait est qu'il essaya d'y remédier en déci-

1. Cic. *Topiques*, ch. XXV, § 26.

2. Paul, *Sent. lib. V, tit. 7, § 2. Instit. De verb. oblig. § 7.*

dant que l'écrit ferait pleine foi et que le souscripteur ne serait admis à le contester que si par écrit ou par bons témoins placés au-dessus de tout soupçon, il justifiait d'un alibi et prouvait qu'il avait passé tout le jour indiqué comme étant celui auquel avait eu lieu la stipulation, hors du territoire désigné. Ainsi donc, à mesure que les *cautiones* se généralisèrent la stipulation perdit en importance, en puissance juridique et en utilité. De principale elle devint subsidiaire : (1) la stipulation et l'écrit tendirent à se confondre, si bien qu'on a pu dire avec quelque apparence de raison que « le contrat soit disant verbal se faisait par écrit ». (2)

Ce mouvement, qui tendait à amener une confusion presque complète entre l'écrit et le contrat verbal, n'était que l'expression d'un mouvement d'importance plus haute, d'un ordre interne, qui poussait à se dégager de plus en plus des anciennes formes et à agrandir le terrain de l'équité. La cause réelle ou *naturelle*, la cause fondamentale de toute obligation longtemps étouffée par la cause formelle ou *civile*, commençait à se faire jour. Sans doute la stipulation continua toujours à produire les effets juridiques qui lui étaient attachés par le fait seul des formalités consacrées qui l'entouraient; mais la cause déterminante qui la précédait semblait attirer davantage l'attention des parties et tendait à prendre dans le droit la place qui lui était due. Cette tendance s'observait, notamment, quand la cause qui servait de base à la stipulation consis-

1. Paul et Ulpien. Sent. v. 7, § 1.—L. I, § 4, D. *de Stip. prætor.*

2. *Gide op. cit.*, p. 171.

tait dans une numération d'écus, dans un prêt d'argent. C'est cette obligation préexistante qui est certainement visée par le jurisconsulte, quand il écrit que la stipulation « *pendet ex negotio contracto* », ce qui fait dire à Ortolan : « Qu'est-ce qui produit l'obligation ? c'est l'existence du fait mentionné. » Et cette existence du fait se traduisait dans la pratique courante des affaires au moyen des écrits séparés, *chirographa*, *syngraphæ*, etc., qui englobaient toutes les obligations, ce qu'exprime Paul en disant que toutes « les obligations sont *cautionales*. » — Aussi est-ce dans ces écrits que l'on peut suivre le développement et la direction de la prédominance sans cesse croissante de la cause réelle sur la cause formelle : cela nous apparaît de la façon la plus sensible à l'époque même du jurisconsulte Paul. Ces écrits, en effet, relataient ordinairement presque tous la cause réelle des obligations, c'est-à-dire une numération d'écus, et la force probante de ces écrits se rattachait de la façon la plus intime à la mention ou à l'absence de mention de cette cause. C'est bien là ce que semblent nous révéler deux textes dont on a contesté, à tort selon nous, l'authenticité. L'un est de l'époque classique, il est de Paul et il offre par cela même une très grande importance. Le voici :

« *Sed hæc, ubi de solutione indebiti quæstio est. Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur, et indiscrete loquitur : tunc eum, in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit : nisi ipse specialiter, qui cautionem exposuit, causas explanavit, pro quibus eadem conscripsit. Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni : nisi evidentissimis probationibus in scriptis habitis*

ostendere paratus sit, sese hæc indebite promississe » (1).

Ce texte vise très probablement une stipulation constatée par une *cautio* : le mot n'y est pas, mais il y est supposé. En effet, le jurisconsulte traite de la preuve au cas de *condictio indebiti* et, immédiatement après, il traite de la *condictio* intentée à l'effet d'obtenir la restitution d'un billet « *sed hæc ubi de solutione*, etc.— Il fait donc un rapprochement entre le cas qui nous occupe et celui d'une *condictio indebiti*, c'est-à-dire d'un cas où il y a eu une *datio*, et ce rapprochement s'explique par ce fait que la *cautio* dont il parle contient une stipulation, la stipulation étant assimilée par ce jurisconsulte à une véritable dation « *stipulatio creditam pecuniam continet* » (2). La notion de cause nous apparaît donc à l'époque de Paul, mais elle s'affirme encore davantage par la suite et elle s'exprime bien plus nettement dans le second texte que nous avons annoncé : il appartient à une époque beaucoup plus récente ; il est de Justin, prédécesseur de Justinien. « *Generaliter sancimus : dit Justin, ut, si quid scriptis cautum fuerit, pro quibuscumque pecuniis ex antecedente causa descendantibus, eamque causam specialiter promissor edixerit, non jam ei licentia sit causæ probationem stipulationem exigere cum suis confessionibus æquiescere debeat : nisi certe ipse a contrario per apertissima rerum argumenta scriptis inferta, religionem judicis possit instruere, quod in alium quemquem modum, et non in eum, quem cautio perhibet, negotium subsecutum sit,* » (3) etc.

1. Paul, fr. 25, § 4. D. *De Probat.*

2. *De Verb. oblig.* Dig. 3 § 3.

3. L. 13. Code. *De non numerata pecunia.*

A la différence de Paul, Justin parle, on le voit, formellement de stipulation, et il suppose la distinction entre un billet qui exprime la cause de la stipulation qu'il relate et un billet qui ne l'exprime pas du tout, entre un billet causé et un billet non causé. — Mais qu'était-ce qu'un billet causé, qu'était-ce qu'un billet non causé? — Un billet était non causé quand il disait par exemple : *L. Titius scripsi C. Mævio me debere et hæc C. proba recte dari Kalendis futuris stipulatus est Mævius, spopondi ego L. Titius.*

Il était causé, au contraire, quand il portait : *L. Titius scripsi ex emptione — C. Mævio me debere* ou *L. Titius scripsi ex emptione. C. Mævime debere et hæc C. proba recte dari kalendis futuris stipulatus est Mævius, spopondi ego L. Titius.*

Eh bien, la notion de cause jouait un si grand rôle que la force probante de l'écrit variait selon qu'on se trouvait en présence d'un billet causé ou non causé. Le billet était-il conçu *indiscrete*, il ne faisait pas preuve du droit qu'il constatait : c'était au créancier à prouver son droit par tous les moyens qu'il pouvait avoir à sa disposition « *cum in quem cautio exposita est compelli debitum esse ostendere quod in cautionem deduxit* ».

Au contraire, le billet était-il causé, relatait-il formellement le prêt d'argent, le *mutuum* qui lui servait de cause, il faisait preuve complète du droit, mais non pas, comme on pourrait être tenté de le croire, d'une façon irréfragable. Le débiteur pouvait parfaitement établir la fausseté de la preuve alléguée; la preuve contraire pouvait venir briser la force probante absolue de la *cautio* quand elle

était exercée dans certaines conditions déterminées « *evidentissimis in scriptis habita*, » dit Paul ; « *per apertissima rerum argumenta scriptis inserta*, » dit Justin. Si l'acte était causé, on ne pouvait lui opposer que des écrits ; la preuve littérale l'emportait sur la preuve testimoniale. Il est donc bien vrai de dire qu'à mesure que la notion de cause naturelle se fait jour, la force probante de l'écrit la mentionnant augmente en puissance et en efficacité.

II

En même temps que cette preuve littérale grandit, qu'elle couvre et qu'elle absorbe pour ainsi dire les vieilles formules qu'elle finit par rendre inutiles, la jurisprudence du prêteur vient également de son côté broyer ces mêmes formules non pas de front, mais par voies détournées ; et elle vient coopérer ainsi au progrès de la cause réelle. Au moyen de l'exception *doli mali* qu'il insère dans la formule, le prêteur vient d'abord au secours du débiteur et lui donne ainsi au cas d'un *mutuum* le droit de prouver que la remise d'argent, élément constitutif du prêt, n'a pas été effectuée : cela a lieu du temps de Gaius (1). Plus tard, il va plus loin et il lui accorde une *condictio* (2) qui lui permet de prendre les devants, d'attaquer son créancier et de le forcer à lui restituer la

1. L. 13, § 1, D, *De pecun. const.* ; Gaius, *Comm.*, IV, § 116, 119 ; Ulp., L. 2 § 3. Dig. *de dol. mal.*

2. D'une façon générale, on désignait sous le nom de *condictio* toute action *stricti juris* ; en principe, elle se rattachait toujours à l'un des trois actes suivants, *datio*, *expensilatio*, contrat *verbis*.

cautio (1) qui relate la stipulation de prêt; il lui permet en quelque sorte de se constituer demandeur reconventionnel contre la demande principale du demandeur. Voilà les deux moyens originaires employés par le préteur : ils ne violent pas ouvertement le droit civil, mais ils rusent avec lui ; ils respectent tous deux également la formule, mais ils y déposent le germe du droit naturel. La poussée est si forte en ce sens que, pour atteindre la formule, l'autorité même des écrits qui va cependant sans cesse en grandissant, en subit le contre-coup ; car pour atteindre par exemple la stipulation, on atteint par cela même la *cautio* qui la relate. Il y a là en quelque sorte deux courants ayant à peu près le même point de départ, on en peut signaler la trace à partir de Gaius : l'un se forme par l'usage grossissant des *cautiones* et des *chirographa* ; l'autre jaillit de la jurisprudence prétorienne tendant à faire prévaloir l'équité dans le domaine du droit ; tous deux sont parallèles, mais ils se poussent mutuellement l'un et l'autre pour aller se heurter contre le formalisme qui s'écroule. Suivons-les et peut-être trouverons-nous sur leur parcours les éléments destinés à nous faire trouver la solution de ce que nous sommes en train de chercher.

Les deux moyens indiqués plus haut, *condictio* et *exceptio doli* devaient se transformer à la longue et donner naissance à l'exception *non numerata pecuniae* (2) qui avait des caractères tout autres que ceux d'une exception. Simple exception de dol conçue *in factum* à l'origine, elle changea

1. L. I, D, *ut in possid. legat.*

2. Ulp., 29, D, *Mandat vel contra* ; id., L. 16, § 16, *de dol. mal. et met. except.*

peu à peu de nature à mesure que les principes de droit naturel se développèrent. Cette transformation s'opéra péniblement, mais on peut cependant la constater à l'époque des rescrits de Dioclétien et de Maximien. A ce moment, elle cessa vraiment d'être *in factum* pour devenir une exception distincte de l'exception *doli* dont elle découlait, pour devenir une exception ayant sa vie propre et indépendante. Cette séparation vient s'accuser dans la terminologie : on donne à cette exception une étiquette spéciale, un nom qui lui appartienne; d'exception innommée à ses débuts, elle devient selon l'expression de M. Accarias, « une exception nommée » (1). Ce ne fut pas seulement sa forme qui se trouva atteinte par cette modification : sa structure intime en fut pénétrée; la transformation fut si profonde qu'on ne se trouva réellement en face qu'une exception qui n'en avait que l'apparence; car elle n'avait plus pour simple effet, de permettre à tout emprunteur de faire la preuve contraire : elle lui permettait de rejeter le fardeau de la preuve sur le demandeur lui-même. C'était au créancier, c'était au *stipulans* à prouver la *causa naturalis* de la stipulation ou du prêt et cela quand bien même cette stipulation ou ce prêt se seraient trouvés renfermés dans un écrit. « *Si ex cautione tua, licet hypotheca data, conveniri cœperis : exceptione opposita, doli seu non numeratæ pecuniæ, compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam : quo non impleto, absolutio sequetur.* » Ainsi s'exprime la loi 3 au Code *De non numerata pecunia*. La loi 4 semble également donner une solution analogue : elle suppose la recon-

1. Accarias, n° 895, t. II.

naissance par le débiteur de l'aveu contenu dans la *cautio* et elle déclare que cette reconnaissance nouvelle du débiteur lui enlève le bénéfice de l'exception. L'écrit lui-même n'était donc pas supposé vrai et ne faisait pas preuve complète en faveur du créancier. Le créancier était obligé de prouver l'existence de la cause relatée dans cet écrit, c'est-à-dire la numération des deniers par d'autres moyens que celui résultant du billet. En voulant atteindre la stipulation relatée dans un écrit, et le *mutuum* joint à une stipulation relaté également dans un écrit, on atteignait donc l'écrit lui-même. Comme on l'a dit fort justement, « l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* était « une brèche ouverte à l'autorité de la preuve littérale.

Cette transformation n'atteignit pas seulement l'exception *non numeratæ pecuniæ* : la *condictio* elle-même qui n'est d'ailleurs qu'une des formes du même droit, subit les mêmes modifications : comme pour l'exception, la charge de la preuve retombait également sur le créancier.

D'aussi grandes dérogations aux principes devaient s'expliquer, il faut le croire, par de biens puissants motifs ; et cependant les raisons qui nous en sont données par les textes, particulièrement par les rescrits de Maximien et de Dioclétien sont d'un ordre bien secondaire. D'après eux(1), une semblable violation des principes est due à l'impossibilité qu'il y a pour le débiteur de prouver un fait négatif à savoir la non numération des espèces. Mais, fait observer M. Accarias (2), on peut parfaitement prouver un fait né-

1. L. 10, C. *De non numerat. pecun.*

2. Accarias, *op. cit.*, nos 581 et 776, p. 389. Note 2, p. 385.

gatif quand il porte sur un fait précis et c'est bien le cas dans notre matière. Et d'ailleurs, le débiteur peut parfaitement convertir ce fait négatif en un fait positif ; il n'a qu'à établir que l'aveu qu'il a signé a été fait en vue d'un prêt à réaliser ultérieurement (*spe futura numerationis*). Le véritable motif était donc d'ordre supérieur et nous croyons pouvoir l'indiquer. C'était la fraude qui justifiait une pareille dérogation : elle était devenue si courante qu'on la présumait partout ; sur le créancier pesait une présomption de mensonge et c'était cette présomption qui était la base de l'exception *non numeratæ pecuniæ*. La fraude se développait et, en même temps, le cercle d'application de l'exception tendait à s'étendre. D'abord exclusivement applicable aux dettes de somme d'argent ayant leur cause réelle dans un *mutuum*, elle s'étendit, surtout à partir de Justinien, aux prêts de toute espèce et non seulement elle s'appliqua aux modes de constitutions des obligations, aux écrits de toutes sortes, qui les relataient, *syngraphæ*, *chirographa*, mais elle finit même par englober les actes de libération, quittances, *apocha* et *antapocha*, etc.

C'était sans doute un mouvement fort louable de la part du législateur romain que celui qui le poussait à chercher à faire prévaloir ces idées d'équité en inventant des instruments nouveaux destinés à protéger les débiteurs contre les fraudes par trop souvent fréquentes, hélas ! de leurs créanciers. Mais n'était-ce pas aller trop loin et sacrifier les créanciers eux-mêmes ? Ne fallait-il pas également protéger ces derniers contre la mauvaise foi de débiteurs par trop souvent malhonnêtes ! Or l'exception *non numeratæ pecuniæ* telle qu'elle était conçue livrait

ces créanciers pour ainsi dire à la *merci* de leurs débiteurs. Aussi fut-ce un retour vers le juste et parfait équilibre que l'on fit en limitant dans le temps l'exercice de cette exception. De perpétuelle qu'elle était à l'origine, elle devint temporaire et cela bien avant Justinien : les Institutes elles-mêmes nous disent que des constitutions impériales en restreignaient l'exercice à une durée de cinq ans ; Justinien alla plus loin encore, il la réduisit à une durée de deux ans. Pendant deux ans, le créancier pouvait se trouver dans l'incertitude de son droit : le débiteur pouvait venir opposer l'exception *non numeratæ pecuniæ* à son action et le mettre ainsi dans la nécessité de prouver la réalité de son droit qui se trouvait mentionné dans une *cautio*, dans un *chirographum* par exemple. Mais au bout de ces deux ans, le billet faisait preuve complète, il devenait inattaquable.

Si nous avons cru devoir insister avec autant de développement sur l'*exceptio non numeratæ pecuniæ*, c'est que la plupart des jurisconsultes tirent argument de ce qu'elle pouvait être opposée à des *chirographa* et à des *syngraphæ* pour prétendre que ces *chirographa* et ces *syngraphæ* étaient de véritables obligations littérales. En effet, disent-ils, si ces écrits ne sont que des modes de preuves, à quoi bon recourir à une *exceptio non numeratæ pecuniæ* pour les combattre ? Il suffirait, en ce cas, à celui qui est poursuivi à raison du *mutuum* constaté par un billet de cette nature, de nier l'existence même du *mutuum*, la numération, en un mot, de s'inscrire en faux contre l'*intentio* de la formule, de se défendre *ipso jure*, sans avoir besoin de prendre la voie détournée de l'exception. Or, s'il ne peut pas

ici contredire l'*intentio* de la formule, nier directement le fait sur lequel se fonde le créancier qui l'actionne, s'il est obligé au contraire, de reconnaître l'*intentio* comme fondée et de demander au *magistratus* pour ne pas être vaincu en justice, l'insertion dans la formule d'une exception attribuant au *Judex* le pouvoir de tenir compte des circonstances dans lesquelles il s'est obligé, c'est qu'on se trouve en présence d'obligations ayant leur *causa* dans l'écrit lui-même, on est en face de véritables obligations littérales. Voilà l'argument principal que l'on fait valoir en faveur de cette opinion : et on prétend également le fortifier par le texte des Institutes qui suppose, dit-on, formellement l'absence d'une stipulation dont l'existence rendrait l'obligation littérale parfaitement inutile ; le paragraphe 2 ne dit-il pas en effet : « *cessante scilicet verborum obligatione* », c'est-à-dire « pourvu qu'il n'y ait pas d'obligation *verbis*. » Et qu'on ne dise pas qu'on puisse nier le contrat *litteris* parce que le *chirographum* ne produit d'obligation efficace qu'au bout du temps fixé par l'exception *non numeratæ pecuniæ*, car ce n'est pas là un argument : il en faudrait dire tout autant du contrat *verbis* intervenu pour prêt de consommation ; la solution est identique dans l'un et l'autre cas. C'est toujours une *condictio* naissant de la forme de l'obligation, mais une *condictio* susceptible d'être paralysée pendant un certain temps par une exception. La forme chirographaire a donc remplacé la forme verbale ; et ce n'est pas Justinien qui a réalisé cette transformation ; il n'a fait que proclamer un état de choses antérieur, et c'est ce que prouvent de nombreux textes au Digeste. De tout cela il résulte bien que la forme

chirographaire était « l'équivalent d'une stipulation (1) et non la preuve. »

Nous ne saurions accepter de pareilles conclusions. Les développements que nous avons donnés sur l'évolution des écrits séparés et sur leur rôle nous permettent d'affirmer au contraire que le *Corpus juris civilis* tout entier proteste contre le système qui veut faire des *chirographa* de véritables obligations littérales. Depuis Alexandre Sévère jusqu'à Dioclétien, de nombreux rescrits combattent ouvertement cette erreur. En veut-on des exemples, en voici :

« La vente, dit un texte au Code, doit produire son effet encore qu'aucun écrit n'ait été dressé. » L. 10, C. *de fide inst.*, IV, 21.

« Le partage, une fois opéré d'une façon régulière, n'est pas regardé comme nul parce que l'on n'a pas fait un *instrumentum*. » L. 9, C. § I.

Nous pourrions multiplier les citations (2), si nous n'avions en notre faveur que ce mode d'argumentation. Mais nous pensons que l'interprétation même des textes qui sont le fondement du système que nous combattons, nous donne également raison. Nous n'insistons pas sur l'argument qu'on a essayé de tirer de la L. 6 du Code Théodosien qui semble supposer la translation d'une obligation primitive en une obligation littérale. Il est surabon-

1. V. Ortolan : t. II, app. Labbé.

2. Voir également L. 17, *De pactis*, II, 3 ; L. 2, *De Nupt.*, V, 41, 2° *De acq. et retin poss.*, VII, 32 ; Alex. Sév., L. 3, *De fide jure hastæ*, X, 3 ; L. 4 et 5, *De fide inst.* ; Gordien, L. 9, *De nupt. probis* ; L. 25, *De liber. causa*, VII, 16 ; L. 12, *De contr. empt.*, IV, 38 ; L. 12, *De f. Inst.*, § 12 ; *De probat.*, IV, Dioclét.

damment démontré que ce texte n'a trait qu'à une question de procédure : quelles sont les demandes qui peuvent être introduites en justice sans *vadimonium* et par simple *denuntiatio*, voilà la question que l'on se pose et Théodose répond : toute créance, quelle que soit son origine, qui aura été convertie par un billet en obligation écrite : « *ex alio quolibet titulo in litterarum obligationem facta cautione translatum est.* » La contexture de cette loi montre assez que le législateur n'entend nullement traiter ici de la nature même de l'obligation, mais de la procédure à laquelle cette obligation peut donner lieu. C'est uniquement la question de procédure qu'il a en vue : la question de fond est au second plan, ou du moins elle ne se présente ici que d'une façon purement accidentelle, ce qui nous autorise à penser que le législateur n'a dû guère prendre la peine de peser exactement ses expressions à cet égard.

Reste le texte des Institutes, qui réduit à une durée de deux ans l'exercice de *l'exceptio non numeratæ pecuniæ*. L'interprétation des partisans du premier système amène, il faut l'avouer, à de bien singulières conclusions ! avant l'expiration des deux ans, nous aurions un contrat de stipulation, sa cause serait un prêt et puis alors par suite de l'expiration de ces deux ans, le contrat verbal se transformerait en contrat *litteris*. Il y aurait donc une sorte de novation opérée sans qu'il soit intervenu aucun concours de volontés : on aurait un contrat se formant sans consentement. Un pareil résultat est-il vraiment possible et ne montre-t-il pas clairement l'erreur dans laquelle on se jette en voulant faire des *chirograha* et des

sygraphæ de véritables contrats *litteris*? La vérité est que l'expiration du délai de deux ans n'agit que sur la *preuve* et non sur la *cause* du droit qui reste identique à elle-même ; et elle agit sur la preuve en ce sens qu'elle lui donne une force nouvelle plus grande que sa force originaire : là se borne son effet. Comme le dit fort exactement M. Gide, « le silence du débiteur qui dans ce délai eût pu protester et ne le fait pas est comme un second aveu qui vient s'ajouter à celui qui résultait déjà de l'écrit lui même, et ces deux aveux en se confirmant l'un l'autre, forment une preuve irréfragable (1). » Le silence du débiteur vient renforcer l'écrit. Au fond, c'est un prêt légalement présumé qui l'oblige, un prêt qui existe en fait, alors même qu'il n'existe pas en droit. Il y a là un exemple curieux d'un contrat qui n'a peut-être jamais existé, mais en *fait*, c'est l'écrit qui oblige « *dum queri non potest scriptura obligatur* »

Apparemment, en effet, pour quiconque ne se donne pas la peine de faire l'analyse d'une opération juridique, la preuve se confond avec l'obligation ; en pratique, les contractants ne se croient réellement obligés qu'après la signature. La volonté des parties ne s'affirme qu'au moyen de l'écriture et on conçoit dès lors que l'on soit assez porté à confondre l'écrit avec l'obligation elle-même, qu'on s'attache uniquement à l'effet qui frappe et qu'on oublie la *cause* qui en elle même est quelque chose de métaphysique, pour ne s'attacher uniquement qu'à l'effet, (2) c'est-à-dire à l'écriture dans notre cas : « *scriptura obliga-*

1. Gide, *op. cit.* p. 225.

2. Voir une étude sur *la formation des contrats par l'écriture*, par M. Stouff. *Nouv. Rev. hist. de droit*, 1887, p. 256 257.

tur » voila l'effet qui a frappé le rédacteur des Institutes, il n'a vu que le point de vue pratique ; le point de vue théorique qui porte à décomposer les opérations juridiques lui a échappé. Et cette confusion s'explique, quand on jette un coup d'œil en arrière sur l'esquisse trop rapide peut-être de la déchéance graduelle du formalisme que nous avons faite à dessein, quand on considère que les écrits, *chirographa* et *syngraphæ*, ont fini par absorber la stipulation elle-même sans parvenir cependant à s'identifier en droit avec elle. Aussi, est-il peut-être permis d'aller plus loin et de prétendre que le rédacteur des Institutes a vu les choses telles que nous les voyons, que la confusion dont nous l'accusons n'était pas dans son esprit, mais qu'elle s'est traduite inconsciemment sous sa plume par les expressions que nous connaissons, par l'effet même de l'habitude. On a beaucoup fait valoir en faveur du système que nous repoussons, le membre de phrase « *cessante scilicet verborum obligatione* » pourvu qu'il n'y ait pas de stipulation. Après tout n'est-t-il pas permis de l'interpréter de la façon suivante « pour ne point parler de la stipulation qui n'est plus qu'une superfétation. » Justinien n'a-t-il pas voulu constater par cette phrase caractéristique la dégénérescence de la stipulation à son époque ? Cette traduction du texte se rapproche davantage de la vérité et elle cadre mieux avec ce que nous avons dit précédemment. La stipulation existe toujours sans doute, on la suppose dans l'écrit, mais par pur respect pour la tradition et c'est contre cette stipulation qui est présumée exister que l'on oppose *l'exceptio non numeratæ pecuniæ* et non pas contre l'écrit qui malgré sa puis-

sance n'en reste pas moins un simple mode de constatation. La preuve littérale a atteint son maximum de développement : elle et les moyens inventés par la jurisprudence prétorienne que nous avons comparés plus haut à deux courants qui se poussaient mutuellement l'un l'autre, ont fait leur œuvre ; ils ont rendu inutiles les vieilles formes maintenant surannées. Le droit civil existe toujours en droit ; le droit prétorien, c'est-à-dire l'expression même du droit naturel, a triomphé en même temps que la preuve littérale.

Et maintenant que nous dégage bien des développements que nous venons de donner, c'est que les *chirographa* et les *syngraphæ* ne sont pas autre chose que des instruments de preuve au temps de Justinien : ils sont restés ce qu'ils étaient à l'origine, ce que nous avons établi qu'ils étaient au temps de Gaius ; jamais on est arrivé à faire résider dans ces écrits le principe générateur des obligations : c'étaient tout simplement des écrits probatoires. La filiation historique, l'évolution juridique, l'analyse des textes concourent ensemble pour affirmer formellement ces conclusions. Il n'y avait à Rome qu'un seul contrat *litteris* : ce contrat *litteris* résidait uniquement dans le *Codex*.

CONCLUSION

De cette étude se dégage finalement la définition du contrat *litteris*. C'est un contrat formaliste, de droit strict, reposant sur une double numération d'argent fictive qui s'exprime sur le *codex* du créancier au moyen d'un simple jeu d'écritures; au fond, c'est, comme le dit M. Accarias, « un prêt d'argent fictif dont les deniers sont censés fournis au créancier par une autre numération d'argent également fictive. »

Il y a un prêt sans doute dans tout contrat littéral, mais un prêt plus rigoureux que le *mutuum* proprement dit : il s'efface en effet derrière l'écriture, il est en quelque sorte étouffé, absorbé par elle : la simple écriture sert de cause à l'obligation et suffit à la faire naître. Qu'il y ait en réalité un prêt ou qu'il n'y en ait pas, peu importe, une inscription sur le *codex* du créancier est suffisante pour tenir lieu d'un véritable *mutuum* et pour en produire les effets. Je vous ai inscrit sur mon *codex* et sur un prétendu *jussum* de votre part, comme vous ayant prêté 1.000 sesterces que je ne vous ai cependant nullement livrés, vous êtes mon débiteur et je puis vous poursuivre au moyen de la *condictio certi*. Voilà le droit civil, et cette rigueur est en parfaite harmonie avec les origines que nous avons cru devoir assigner au contrat *litteris*. — Mais à mesure qu'on s'éloigne davantage du strict droit civil,

l'idée de prêt prend le dessus sur l'écriture, elle tend peu à peu à passer au premier plan, la cause formelle s'efface pour faire place à la cause réelle : c'est la réalité du *mutuum* que l'on va considérer avant tout. On ne se contente pas de lutter avec la formule au moyen de l'exception de dol qui permet au débiteur poursuivi de montrer par toutes preuves qu'il peut avoir à sa disposition, le manque de sincérité ou la fausseté de cette formule, on fait plus : on met la preuve de la cause réelle à la charge du créancier lui-même : au moyen de l'exception *non numerata pecunie*, le débiteur poursuivi peut alléguer que les écus ne lui ont pas été comptés, faire table rase de l'écriture *qui jure civili* le fait débiteur et dire à son créancier : prouvez la réalité du *mutuum* et je me reconnaitrai alors votre débiteur. Voilà où aboutit la jurisprudence prétorienne : elle transforme complètement l'obligation littérale, tellement qu'on est en droit de se demander si ce n'est pas la réalité du prêt plutôt que l'écriture qui fait naître l'obligation. Elle s'attaque à tous les contrats ou tous les écrits qui peuvent envelopper un prêt. Son application au cas de stipulation apparaît positivement dans plusieurs fragments des anciens jurisconsultes et dans un paragraphe tout spécial des Institutes de Gaius et de Justinien ; on en constate la trace également à l'égard des *chirographa*, ce qui a fait considérer ces écrits comme de véritables obligations littérales, erreur que nous avons essayé de réfuter dans notre dernier chapitre. Au contraire il n'en n'est pas fait mention à propos des *nomina* résultant de l'*expensilatio*. C'est qu'à l'époque à laquelle se réfèrent les textes en

question, le contrat *litteris* était tombé en désuétude, avait peut-être même disparu de la scène juridique.

Ce contrat n'est pas resté longtemps, en effet, dans la pratique romaine. Né accidentellement, il portait en naissant le germe même de sa mortalité. Ne se mouvant que dans un cadre fort étroit, il ne répondit jamais qu'à des besoins fort minimes. Il resta toujours immobile, immuable, conservant sa nature originaire, tandis que les autres contrats formalistes subissaient des transformations successives. Aussi, la première atteinte portée au formalisme devait-elle l'emporter un des premiers. A mesure que le pacte de constitut se développa, le contrat littéral ailla en déclinant et sa déchéance fut sans doute fort rapide. Le jour où le préteur sanctionna de son autorité et promit dans son édit de ratifier le pacte de constitut fut un coup décisif porté à l'existence des *nomina transcriptitia*, surtout quand on en arriva à faire produire à ce pacte une action énergique et renforcée par une *sponsio* pénale (1). Par ces moyens, on ne restait plus, en effet, dans les limites étroites et dangereuses de la *condictio certi*. Remarquons, d'autre part, que le pacte de constitut remplissait le même but que le contrat littéral ; comme lui, il se concluait entre absents, comme lui il ne s'appliquait qu'aux choses fongibles ; enfin, les deux espèces de constitut que distinguent les lois du Digeste, *constitutum debiti proprii*, et *constitutum debiti alieni*, correspondaient exactement aux deux cas de *transcriptio* décrits par Gaius. D'aussi grandes analogies devaient nécessairement rendre

1. Gaius, IV, 171.

de plus en plus inutile l'emploi du contrat littéral. Cependant contrat littéral et pacte de constitut vécurent probablement côte à côte pendant un certain temps. Gaius, dans ses *Commentaires*, nous parle de tous deux et clôt ainsi une discussion soulevée par certains auteurs qui voyaient dans la *Pecunia constituta* une innovation bien postérieure.

D'autres influences, celles-ci secondaires, vinrent accélérer la décadence de l'obligation littérale : plus les croyances et l'austérité primitive s'ébranlèrent, moins on ajouta foi aux attestations écrites des citoyens qui cessèrent, par là même, d'être des instruments d'obligations. La pratique s'en restreignit de plus en plus et finit par se cantonner chez les *argentarii* : les banquiers furent les derniers chez lesquels se conserva l'usage des *codices* et des *nomina transcriptitia*. Peut-être même que l'extension de ces *argentarii* fut-elle pour quelque chose dans l'abandon graduel du contrat littéral. Son utilité, en effet, consistait à permettre, nous l'avons déjà vu, de traiter à distance. Mais à cela il y avait un inconvénient : c'étaient les transports d'argent, de fonds, ce qui exposait les espèces non seulement à de gros frais, mais encore à des chances de pertes. Or, quand les *argentarii* eurent partout des comptoirs, il devint facile de remédier à cet inconvénient. Primus à Rome voulant s'engager pour 1,000 sesterces envers Secundus qui habitait Capoue n'avait qu'à s'engager envers un banquier de Rome, lequel, usant du crédit qui lui était ouvert chez son correspondant de Capoue, mandait à ce dernier de s'engager pour la même somme envers Secundus.

Mais à quelle époque le contrat *litteris* disparaît-il exactement ? Il est impossible d'assigner une date précise à cet égard. Toujours est-il que nous le trouvons encore en usage au temps de Pomponius, sous Antonin le Pieux (138 ap. J.-C.), ainsi que l'atteste un fragment au Digeste où l'on a laissé à côté de la stipulation, la mention des anciens *nomina* :

« *Quum in annos singulos quid legatum sit, neque adscriptum quo loco detur, quocumque loco petatur dari debet : sicut ex stipulatu, aut nomine facto, petatur.* »

Sous Marc-Aurèle (169 ap. J.-C.), il existe également : Gaius en est le plus grand témoignage. Il est vrai que ce jurisconsulte ne parle nulle part de *codices*, ce qui semblerait indiquer que l'usage s'en est perdu et que le contrat littéral n'existe par conséquent plus. Mais leur persistance à cette époque est attestée par Aulu-Gelle son contemporain de sorte que c'est bien par *expensilatio* dans ces registres que se forment les *transcriptitia nomina* dont s'occupe Gaius. On les trouve encore sous Antonin Caracalla (212 ap. J.-C.) ainsi qu'en témoignent les fragments de Paul que nous avons commentés. Les *fragmenta vaticana* qui remontent très probablement après l'année 372 de J.-C. en parlent encore. Le code Théodosien lui-même mentionne le contrat littéral, mais non plus comme venant de l'*expensilatio* dans le *codex*, mais d'un titre écrit, *cautio*. Nous avons démontré qu'on ne se trouvait pas là en présence d'un contrat littéral, mais d'un simple écrit probatoire. A cette époque, on peut assurer qu'il n'existe plus : le Pseudo Asconius qui vivait à la fin du quatrième siècle n'en parle plus que comme d'une institution perdue.

On peut donc affirmer, et cette affirmation résulte de l'ensemble même de notre étude, que sous Justinien, il n'y a vraiment plus de contrat littéral. Sans doute les Institutes en parlent, mais elles le citent comme une de ces vieilles institutions disparues que l'on cite dans les écoles pour la théorie ; car, il ne faut pas l'oublier, les Instituts constituaient avant tout un ouvrage destiné à ceux qui voulaient étudier le droit ; la preuve en est que nous ne trouvons rien de semblable dans le code de Justinien qui renfermait au contraire le droit en vigueur : il évite même de se servir de l'expression. Le prétendu contrat *litteris* n'est donc qu'un « hommage puéril rendu à l'ancienne classification des contrats. » C'est le cas de conclure avec M. Gide que Justinien « a fait comme l'architecte qui pour donner à sa façade une apparence de régularité y dessinerait une fausse porte ou une fausse fenêtre : son contrat *litteris* est un contrat postiche qui ne figure que pour la symétrie. »

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

	Pages
Introduction	1
Chapitre I. — Des livres domestiques.....	9
Section I. — Généralités. Esquisse historique.....	9
Section II. — Des différentes fonctions du <i>codex accepti et expensi</i>	18
Chapitre II. — Du contrat <i>litteris</i> . Génèse de l'obligation littérale.....	26
Section I. — Conditions de validité du contrat <i>litteris</i>	30
Section II. — Conditions de forme.....	39
Section III. — Fonctions du contrat <i>litteris</i>	48
A. — Sens véritable du mot <i>transcriptio</i>	48
B. — La <i>transcriptio</i> pouvait-elle former une obligation à priori?.....	59
C. — Pouvait-elle emporter novation?.....	66
Chapitre III. — Des écrits séparés. <i>Chirographa et Syngraphæ</i>	74
I. — Leurs origines, leurs caractères, leur développement....	74
II. — De <i>l'exceptio non numeratæ pecuniæ</i>	89
Conclusion. — Le contrat <i>litteris</i> au temps de Justinien	101

INTRODUCTION

Dans notre droit français, l'écriture ne joue pas le rôle qu'elle jouait chez les Romains : elle n'est pas susceptible d'engendrer par elle-même des obligations, elle ne sert qu'à les constater. Il n'en n'a pas été cependant toujours ainsi : notre législation, à ses débuts, semble avoir attaché à l'écriture la force génératrice qu'elle avait dans le droit classique ; c'est ce qui apparaît dans nombre de formules et de chartes du V^e siècle, qui contenant des contrats semblent bien destinées non pas seulement à les constater et à en faire preuve, mais à leur donner naissance (1). Cela n'a rien d'étonnant d'ailleurs ; on comprend aisément qu'un moyen de preuve se transforme en un mode créateur de droits chez un peuple barbare chez lequel l'esprit d'analogie fait complètement défaut, ou n'existe du moins qu'à l'état rudimentaire, où l'esprit est porté à confondre le contrat même et sa preuve, c'est-à-dire le signe matériel. Le contrat littéral a donc fleuri dans notre ancien droit, mais sa vie a été de courte durée ; il a été de bonne heure battu en brèche par la législation canonique qui tendit à faire prévaloir l'intention sur la forme et à transformer les conventions ou contrats en actes purement

1. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, t. II, p. 505.

consensuels; dès lors la tradition formaliste et l'idée nouvelle furent en lutte constante et on peut affirmer le triomphe définitif de l'élément intentionnel au XV^e siècle, et partant la disparition du contrat littéral.

Ce contrat littéral n'avait sans doute pas les caractères du contrat *litteris* romain tel qu'il nous est présenté par Gaius; il dut être la continuation de ce faux-contrat littéral que les Institutes font dériver à tort des *chirographa* et des *syngraphæ*. Nous avons démontré, en effet, dans notre étude spéciale sur le contrat *litteris* que ce dernier résidait uniquement dans les *codices*, dans les livres domestiques qui disparurent d'assez bonne heure de la scène juridique et dont il serait téméraire d'affirmer l'existence au temps de Justinien.

Ce n'est pas qu'il n'y ait eu chez nous quelque chose de correspondant aux livres domestiques des vieux Romains; car nos ancêtres ont eu aussi leurs livres de *raison* qui offrent plus d'un point d'analogie avec le *codex* du *paterfamilias* romain, mais il ne semble pas que ces derniers aient pu jamais donner naissance à des obligations.

Cependant, ces livres de *raison* jouaient un rôle important dans la vie domestique d'alors. Simples livres de compte à l'origine, ainsi que l'indique leur nom, ils finirent par embrasser les intérêts les plus divers de la famille d'autrefois: peu à peu ils reçurent des notes concernant les personnes de la maison et les événements survenus dans un certain cercle. Ils ne rappelaient pas seulement la naissance des enfants, le mariage et les décès qui pouvaient survenir dans la famille, mais d'au-

tres indications d'une utilité toute matérielle venaient aussi prendre place sur les feuilles de ces registres : c'est ainsi qu'on y trouve mentionnés les bâtisses, les ventes, les successions, les partages, les conventions matrimoniales, le rendement de la récolte et le produit d'une ferme, le rappel sommaire des phases d'un procès important ou la constatation d'un état de lieu, etc. (1). On conçoit aisément l'intérêt que pouvaient avoir ces sortes de livres à une époque où les moyens officiels de constatation des faits juridiques n'étaient pas en usage, et quels moyens puissants de preuve ils pouvaient constituer à l'occasion. — Aussi notre vieille jurisprudence nous présente-t-elle nombre de cas dans lesquels on les faisait intervenir. Cependant à mesure qu'on va en avant, la rédaction de ces livres va en diminuant. Aussi fut-il question, en 1797, d'encourager cette rédaction : un rapport fut fait en ce sens par le citoyen Leclerc qui proposait de donner à ces annales domestiques en quelque sorte une consécration légale. Cette proposition, qui fut faite par lui à la suite du rapport sur les institutions relatives à l'état civil et qui fut soumise au Conseil des Cinq Cents dans la séance du 21 brumaire an VI, ne fut pas prise en considération et fut ajournée devant les difficultés d'exécution que l'on s'attacha à faire ressortir (2).

Les registres domestiques ne sont pourtant pas desti-

1. L. Guibert : *Bulletin de la Société archéologique et historique du Limousin*, t. XXIX, 1^{re} livraison, p. 232, 260, 264.

2. Denys d'Aussy : *Revue des Questions historiques*, 18^e année, livr. 69, p. 239.

tués de toute importance juridique dans notre droit moderne. Sans doute le développement de l'institution du notariat, la création des officiers de l'état civil sont venus restreindre le rôle qu'ils pouvaient jouer autrefois et en diminuer la rédaction; mais il y a cependant des cas dans lesquels leur utilité pratique peut se faire sentir. Notre Code civil en parle, quatre articles leur sont consacrés (1); cela suffit pour justifier une étude spéciale sur leur rôle juridique dans notre législation.

Du peu que nous dit la loi, du peu que nous trouvons dans la jurisprudence, nous allons essayer de dégager les principes généraux qui doivent servir de guide à l'interprète quand il se trouve par hasard en face de registres et papiers domestiques. Dans une première partie, nous rechercherons les caractères distinctifs que la loi attribue à ce mode de preuve, dans quelle mesure enfin on peut le considérer comme tel, quel est exactement son degré de force probante. — Dans une seconde partie, nous examinerons quel est au juste le rôle que jouent ces papiers domestiques en matière de preuve de l'état civil et de filiation.

1. Art. 1331, 1415, 46, 324.

PREMIÈRE PARTIE

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES

Généralités. — Que doit-on entendre par registres et papiers domestiques ? — La loi ne les définit pas, ce qui fait qu'on éprouve une sérieuse difficulté à en donner une signification exacte et complètement satisfaisante. Les jurisconsultes se divisent sur ce point :

Toullier dit qu'on peut comprendre dans le mot *papiers domestiques*, les cahiers, carnets, livres, tablettes dont une personne à l'habitude de se servir pour se rendre compte de ses affaires, de ses revenus, de ses dépenses, de ses dettes, de ses achats, toutes sortes de notes enfin qui, sans constituer des registres proprement dits, s'en rapprochent néanmoins par une destination semblable. Mais il exclut formellement les feuilles volantes, quand bien même ces feuilles seraient écrites et signées par celui à qui on entendrait les opposer. La raison que Toullier donne de cette exclusion, c'est que ces papiers ne présentent pas le même caractère de fixité et de stabilité que les livres ou registres. (Toullier, *Comm. du Code civil*, t. 8, n° 399). — Cela ne nous explique pas pourquoi le législateur a cru devoir mettre le mot *papiers* à la suite du mot registre.

M. Larombière (1) adopte l'opinion de Toullier, mais les raisons qu'il donne à l'appui, nous paraissent encore moins satisfaisantes. D'après lui, le mot registre qui précède celui de papiers, doit servir à en déterminer et à en limiter le sens. — C'est une solution, mais non une explication.

Demolombe qui suit le même système, nous paraît plus exact dans les explications qu'il nous en donne. Pour lui, le mot papiers domestiques exprime la même idée que le mot registres. Cette terminologie est une reproduction de notre ancien droit ; ces deux mots historiquement, sont toujours réunis par une sorte de redondance ou de synonymie et ils paraissent avoir toujours eu ensemble un sens identique. M. Demolombe fait remarquer aussi, que Pothier intitule son paragraphe 5 : *des papiers domestiques* et qu'il a grand soin de les distinguer des feuilles volantes. (Poth. *Tr. des oblig.* ; part. IV, chap. I, n° 725).

D'autre part, il fait observer que si on ouvre le *Glossaire de droit français* et si on cherche le mot : *papiers domestiques*, on y trouve la définition que voici :

Papiers domestiques : registres sur lesquels les particuliers inscrivent leurs recettes et leurs dépenses. (*Instit. cout. de Loysel*, édit de MM. Dupin et Laboulaye, t. II, p. 479).

Quoiqu'il en soit, nous ne croyons pas devoir adopter l'opinion et l'explication de Demolombe. Rien ne nous indique en effet que le législateur ait entendu suivre à cet égard l'ancien droit, et donner une portée aussi res-

1. Larombière : *Traité des Obligations*, sur l'art. 1331, n° 1.

treinte aux expressions en question. La loi ne nous dit rien et nous devons, nous ses interprètes, nous attacher aux termes mêmes qu'elle emploie, termes qui comprennent par leur généralité et dans leur acception usuelle, toutes les écritures ou notes réunies en liasses ou portées sur des feuilles volantes, signées ou non, rédigées par une personne qui n'y était obligée, avec l'intention de les conserver pour fixer le souvenir des faits juridiques ou d'évènements quelconques.

Les feuilles volantes peuvent être assimilées à des registres et papiers domestiques s'il apparaît clairement qu'elles tenaient lieu de livres pour celui qui les a écrites. On ne voit pas en effet pourquoi on ne leur accorderait pas la même force probante qu'aux registres, s'il est constant par exemple, qu'il entraînait dans les habitudes du propriétaire de prendre ses notes de cette façon. Le juge devra donc tenir compte, dans l'appréciation qu'il sera appelé à faire, des habitudes de celui qui les a écrites et des circonstances de la cause. C'est ce que reconnaît d'ailleurs Demolombe qui donne cependant, nous venons de le voir, en principe, un sens restreint à l'expression papiers domestiques ; il prétend qu'en cette matière le caractère particulier du fait peut acquérir une grande importance, et qu'il peut y avoir des cas exceptionnels où le juge devra tenir compte des notes inscrites par le père de famille même sur des feuilles volantes. (Demolombe, t. 29, n° 619 ; Bonnier, *Traité des preuves*, t. II, n° 744. Marcadé, art. 1331, n° 4 ; Garnier, *Répertoire périodique de l'Enregistrement*, 1863, t. X, p. 48, art. 1712. Cass., 9 nov, 1842 ; Dev. 1843, I, 704).

La jurisprudence récente paraît bien être conforme à notre opinion. C'est ainsi qu'il a été jugé et bien jugé par un arrêt de la Cour d'appel de Dijon, en date du 19 février 1873 qu'une note sur feuille volante trouvée dans les papiers d'un individu, écrite par lui-même sans signature, pouvait être considérée comme un papier domestique faisant foi contre lui, lorsqu'elle énonçait formellement un paiement reçu. Les termes de cet arrêt sont explicites à cet égard : nous ne pouvons mieux faire que d'en citer les principaux considérants :

« Considérant que l'art. 1331 est formel et que d'après son texte précis les registres et papiers domestiques font pleine foi contre celui qui les a écrits, lorsqu'ils énoncent formellement un paiement reçu ; qu'en vain voudrait-on prétendre que dans l'espèce, la mention du paiement se trouve sur une simple feuille volante ; qu'évidemment les écrits de cette nature se trouvent compris dans l'expression générale de papiers domestiques que l'art. 1331 a ajoutés aux registres proprement dits ; que la loi a certainement voulu admettre comme éléments de preuve non seulement les livres réguliers sur lesquels un particulier porte au jour le détail de ses comptes, mais encore les feuilles détachées sur lesquelles il a constaté quelques opérations importantes dont il voulait conserver le souvenir ; que tel était bien le sens dans lequel Pothier entendait cette expression de papiers domestiques qui lui a été empruntée par le code civil ; qu'il ne met pas en doute en effet la valeur de l'écrit sur feuille volante, constatant la libération, lorsque cet écrit est retrouvé parmi les papiers du créancier, et qu'il se de-

mande uniquement quelle autorité il faut lui accorder lorsqu'il est en la possession du débiteur. — Que cette interprétation ne saurait souffrir de doute, surtout lorsque les circonstances démontrent que le créancier a attaché une importance *inusitée* et qu'il a voulu en assurer la *conservation*. » (1)

Le terme de papiers domestiques nous paraît si général qu'il peut embrasser selon nous, dans certaines circonstances, même les lettres missives ; nous verrons dans la seconde partie de notre étude le rôle considérable qu'elles jouent en matière de filiation ; c'est alors que nous examinerons jusqu'à quel point et dans quelle mesure au juste on doit les considérer comme des papiers domestiques.

(1) Voir Sirey 74, 2, 14.

CHAPITRE I

DE LA FORCE PROBANTE DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES.

En principe, les registres et papiers domestiques n'ont aucune force probante ni pour ni contre celui qui les a écrits. C'est ce qui résulte de l'art. 1331 qui dit en termes absolus que les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de la personne de laquelle ils émanent. Quant à ce qui concerne la force probante que l'on peut tirer contre celui qui les a écrits, la loi, il est vrai, ne s'exprime pas aussi formellement, mais la contexture même de l'art. 1331 ne laisse guère de doute à ce sujet :

« Les registres et papiers domestiques, porte l'article 1331, ne font point un titre pour celui qui les a écrits. Ils font foi contre lui, 1° dans tous les cas où ils énoncent formellement un paiement reçu ; 2° lorsqu'ils contiennent la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut du titre en faveur de celui au profit duquel ils énoncent une obligation. »

Malgré la portée restrictive de cette disposition, la force probante des registres et papiers domestiques n'en n'est pas moins importante et mérite à ce titre de faire l'objet d'une étude spéciale.

SECTION I. — Du principe que les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits.

I

Les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits. C'est l'application de ce principe plus général que nul ne peut se fabriquer un titre à soi-même, principe vrai de tous les temps et qui est contenu expressément dans la loi 7 au Code qui nous en donne en même temps le fondement rationnel : « *Exemplo perniciosum est, ut ei scripturæ credatur quæ unusquisque adnotatione propria debitorem sibi constituit.* » (Gord. L. 7, Cod. *De Probat.*). Aussi la règle posée par l'art. 1331 est-elle absolue et doit-on rejeter énergiquement toute exception que l'on pourrait être tenté d'y apporter.

C'est par application de ce principe qu'on a jugé que les registres tenus par le père ne faisaient pas foi des prêts ou avances qu'il y déclare avoir fait à ses enfants. Laurent rapporte un arrêt de la Cour de Bruxelles qui a décidé que la loi étant générale devait s'appliquer aux créances que le père prétend avoir contre ses enfants, aussi bien qu'à toute autre créance. (Bruxelles, 10 janvier 1828 ; *Pasicrisie*, 1828, p. 44 ; Laurent, t. XIX, n° 346).

Cette décision ne contredit nullement notre jurisprudence qui admet les registres domestiques comme preuve de ce que l'un des enfants est tenu de rapporter à ses cohéritiers. Car dans ce cas, le principe de l'art. 1331

n'est plus applicable. Et cela s'explique par deux raisons : d'abord parce que l'égalité est le principe dominant en matière de partage, et que dès lors qui veut la fin doit vouloir les moyens ; ensuite parce que l'héritier qui invoque les registres contre son cohéritier, se trouvant dans l'impossibilité de se procurer une preuve écrite de l'obligation, se base justement sur l'article 1348, qui permet au demandeur de prouver par témoins l'opération juridique dont il n'a pu se procurer une preuve littérale. Or, si la preuve testimoniale est admissible, et si le juge a la faculté de puiser ces présomptions partout où il le juge à propos, il peut bien invoquer les registres domestiques du père. (Orléans, 26 juillet 1849, Dall. 1850, 2, 29. Arr. Cour d'Orléans 24 novembre 1855, Dall., 1856, 2, 259).

On a jugé également par suite du principe de l'article 1331 que le créancier ne pourrait se prévaloir de la mention inscrite sur ses registres portant qu'il a reçu paiement des intérêts et arrérages, à l'effet de repousser la prétention de son débiteur qui soutiendrait que sa créance est prescrite. Si rigoureuse que soit cette décision, elle est cependant incontestable en face de l'article 1331 qui dénie formellement toute force probante aux papiers de famille. C'est l'opinion de tous les jurisconsultes et la solution admise par notre jurisprudence. (V. Aubry et Rau, 4^e édit., 1878, t. VIII, p. 275 ; Dall. *Répert. : Prescrip. civ.*, n° 605 et suiv. ; Toullier, t. IX, n° 103 ; Vazeille : *Prescrip.*, n° 215 ; Troplong : *Prescrip.*, t. II, n° 621 ; Bonnier, *op. cit.*, t. II, n° 652 ; Marcadé, art. 1331, n° 3 ; Larombière, *op. cit.*, t. VI, art. 1331, n° 7 ; Demolombe, t. XXIX, n° 628).

Cette solution n'a pas été admise, toutefois, sans difficulté : la doctrine contraire paraît avoir prévalu dans notre ancienne jurisprudence avec l'adhésion des jurisconsultes les plus autorisés (Comp. Favre : Code, liv. VII, tit. 13, déf. 24; Despeisses, t. I, p. 443; Merlin, *Rép.* : V. *Interruption de prescription*, n° 8).

Boué, cité par Merlin, rapporte un arrêt de 1632 par lequel il a été jugé que le livre de raison d'un homme décédé faisant mention du paiement d'une année de rente, empêchait la prescription.

« Le Parlement de Besançon, dit Dunod, l'a souvent jugé de la sorte, même sur le livre du créancier vivant, quand il n'était suspect par aucune circonstance. »

Mais comment pouvait se justifier une pareille doctrine? Dunod (1) l'explique par des considérations d'équité : « Comment, dit-il, et par qui se prouvera le paiement des arrérages si le débiteur le nie? C'est une négative qui ne demande aucune preuve; le créancier sera donc chargé de prouver le paiement. Rien n'est plus difficile; car les paiements des intérêts de rentes et des prestations annuelles se font souvent en secret. Le créancier donne sa quittance et ne se fait point donner d'assurance du paiement. Il est bien juste de lui accorder quelque faveur dans ces circonstances et de ne pas user contre lui de la rigueur des lois. Dans cette rigueur, le livre de raison du créancier, qui porte les paiements qu'il a reçus, ne devait pas les prouver. L'on admet cependant cette preuve par équité, lorsqu'il s'agit seulement d'empêcher la prescription, qu'il conste de la dette, que le

1. Dunod, *Prescript.*, p. 171 et 172.

créancier est homme de probité, et particulièrement si l'on ne se sert de son livre de raison qu'après sa mort, arrivée avant la prescription prétendue acquise. »

D'autre part, voici les motifs qu'en donne le président Favre : « Ces sortes d'écrits prouvent, en effet, dit-il, principalement et directement le paiement de celui de qui ils émanent. Conséquemment ils font preuve en faveur de ce dernier de l'interruption de la prescription qui est plutôt de *droit* que de *fait*. Or, beaucoup de choses sont permises par voie de conséquence qui ne le sont point directement et par elles-mêmes. »

Ce sont bien là les raisons que renferment les considérants de l'arrêt de la Cour de Grenoble du 20 juillet 1821 qui consacre la doctrine de notre vieille jurisprudence.

Nous le répétons, nous ne croyons pas que la loi ait consacré cette théorie. Tout au contraire, permettre au créancier de se prévaloir de ses registres et papiers domestiques, ce serait violer ouvertement les dispositions formellement prohibitives de l'article 1331. Sans doute, il y a des choses qui ne sont pas admises directement et qui le sont par voie de conséquence, nous l'admettons avec le président Favre, mais ce résultat indirect est trop en contradiction avec notre disposition législative pour qu'il soit permis de l'autoriser. Il se peut également qu'il y ait, comme le dit Dunod, des circonstances dans lesquelles il serait peut-être équitable de permettre au créancier d'user de ses papiers domestiques. Mais, après tout, le créancier n'a qu'à s'en prendre à lui-même, s'il se trouve dans l'impossibilité de faire la preuve d'une interruption de prescription à son profit. S'il avait été plus soigneux de ses intérêts, il aurait réclamé à son dé-

biteur, quand celui-ci lui payait le montant de ses arrérages, des contre-quittances, par exemple ; il pouvait exiger de lui un titre nouveau, s'il s'agissait d'un titre de rente, ou enfin exercer contre lui une simple action en reconnaissance de sa dette.

Le principe de l'art. 1331 est si absolu qu'un particulier ne pourrait se fonder sur un arrêté de compte établi sur ses propres registres, pour prétendre que ce compte forme un reliquat en sa faveur. C'est en vain qu'il prétendrait que les mentions qui se trouvent sur son livre forment un tout indivisible analogue à celui que forment les déclarations qui constituent l'aveu judiciaire, et que, par suite, on n'en peut scinder les énonciations.

J'actionne Pierre en reddition de compte et je soutiens qu'il a reçu de mon auteur ou de moi 30,000 fr. Pierre produit alors ses registres domestiques et il en résulte qu'il est bien vrai, en effet, qu'il a reçu de moi 30,000 fr., mais que, d'autre part, il a aussi payé une somme de 30,479 fr., d'où un reliquat en sa faveur qu'il prétend me réclamer en se basant sur l'indivisibilité des énonciations de ses papiers domestiques.

Telle est l'espèce qui s'est présentée devant la Cour de Dijon, qui a décidé que les livres ou registres domestiques présentés par le défendeur constituaient un aveu de sa part, qu'on devait leur appliquer l'indivisibilité de l'aveu, et que, par suite, le demandeur devait lui payer la somme de 479 fr.

Mais cet arrêt a été cassé et à juste titre :

« Attendu, dit la Cour de cassation, que Gaudriot n'avait, à l'appui de sa demande reconventionnelle, que ses

livres et papiers domestiques et qu'aux termes de l'art. 1331, C. civ., les registres et papiers domestiques ne sont point un titre pour celui dont ils émanent; que, cependant, c'est sur la simple production que la Cour royale de Dijon a condamné le demandeur à lui payer la somme qu'il réclamait; que c'est vainement que la Cour royale a invoqué les dispositions de l'art. 1356 du même Code, en assimilant la représentation des papiers domestiques du défendeur à l'aveu judiciaire, ce ne pourrait être que dans *ses rapports avec l'objet de la demande*, et non pour s'en faire un *titre de créance*; que, par suite et dans l'espèce, si la production de ses papiers domestiques, faite par le défendeur, a pu produire l'effet de le faire renvoyer de la demande qui lui était formée, elle n'a pu former en sa faveur un titre de nature à le constituer créancier, et autoriser la condamnation de son prétendu débiteur; qu'en prononçant dès lors la condamnation du demandeur, en l'absence de toute autre preuve, à payer au défendeur la somme de 479 fr., dont il lui avait reconventionnellement formé la demande, la Cour royale de Dijon a fait une fausse application de l'art. 1356, C. civ. Casse. » (16 déc. 1833, aff. Gaudriot. *Dev.*, 1834, I, 123).

Cette décision répond à l'objection qui consiste à dire que les mentions inscrites sur les registres domestiques constituant un aveu et tout aveu étant indivisible, c'est ne pas tenir compte de l'art. 1356 que de scinder les énonciations contenues dans ces registres. Sans doute, l'aveu est indivisible, mais, d'autre part, il n'est pas permis de violer la règle formelle que les registres domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits

Par conséquent, on ne peut appliquer le principe de l'indivisibilité que tout autant qu'on peut respecter l'art. 1331. Or, le principe de l'indivisibilité ne peut être invoqué par le défendeur que dans ses rapports *avec l'objet de la demande*, comme le dit nettement l'arrêt du 16 décembre 1833 dont nous venons de reproduire les considérants.

Par exemple, dans l'espèce suivante, rien ne viendra heurter l'art. 1331 :

Je vous actionne en paiement d'une somme de 30,000 francs que vous avez reçue de moi ; vous produisez vos registres : ils constatent, en effet, la réception par vous de ces 30,000 fr. que je vous réclame. Mais ils portent d'autre part que vous m'avez payé 30,000 fr. Assurément ces mentions forment un tout indivisible, et on pourra appliquer l'art. 1356 tout en respectant l'art. 1331. Voilà dans quelles limites il est permis d'invoquer l'indivisibilité des registres et papiers domestiques (Larombière, n° 6 ; Bonnier, n° 743 ; Marcadé, art. 1331, n° 4).

C'est par application du principe de l'article 1331 que l'on décide que les registres d'un avoué ne font point foi contre un tiers, surtout en faveur du client de cet avoué contre sa partie adverse (Paris, 22 juil. Aff. Rousseau. Dalloz, *Rép.*, V° *Avoué*, n° 93).

Nous allons plus loin : les registres et papiers domestiques ne forment pas même un commencement de preuve par écrit de nature à autoriser la délation du serment supplétoire. C'est ce qui résulte du silence de l'art 1331 qui ne porte pas comme l'art. 1329 relatif aux livres de commerce, ces mots : « Sauf ce qui sera

dit à l'égard du serment. » Cette différence entre les deux articles s'explique d'ailleurs : les marchands ont intérêt à tenir leurs livres avec la plus grande exactitude ; car ceux-ci constituent chez eux la preuve par excellence en matière commerciale. On ne doit pas être surpris dès lors que le législateur y attache une certaine foi même contre les personnes non marchandes. Au contraire, les particuliers ne sont pas obligés de tenir des registres ; et partant, ils n'y apportent pas en général le même soin : on conçoit par conséquent que leur force probante soit moindre. (Toullier, t. 8, nos 400, 401 ; Duranton, t. 13, n° 621 ; Rolland de Villargues : *Pap. domest.*, n° 5 ; Larombière sur l'art. 1331).

Ainsi c'est avec raison qu'un arrêt de la cour de cassation du 2 mai 1810 (1) a décidé que la partie qui ne présentait d'autres titres que ses livres domestiques n'était pas admise à corroborer cette preuve à l'aide du serment supplétoire.

« Attendu, dit la cour de cassation, que la demande formée par le défendeur contre les réclamants, avait pour objet le paiement d'une somme de 156 fr. argent prêté et que le dit défendeur n'avait pour justifier sa créance que le relevé de ses livres ; qu'aux termes de l'art. 1331 les écrits privés du créancier sont insuffisants pour établir sa créance, lorsqu'elle est déniée par le prétendu débiteur ; attendu, d'autre part, que les présomptions qui ne sont pas fondées sur la loi, ne peuvent être appréciées par les juges que dans le cas où la preuve testimoniale est admissible ; que c'est dans ce cas seul que

1. Sir. 10. 1. 246.

le serment supplétoire peut être déféré par les tribunaux ; que cependant dans l'espèce particulière, et quoique le défendeur n'eût en sa faveur ni titre, ni l'aveu des réclamants et qu'il ne peut représenter que le simple relevé de ses livres privés pour asseoir sa demande, qui, portant sur une somme de plus de 150 fr., ne pouvant s'établir par une preuve testimoniale, le jugement attaqué, sans considérer que le relevé des livres du défendeur ne *pouvait établir une présomption légale en sa faveur*, ne l'en a pas moins admis à son serment supplétoire comme si la somme qu'il réclamait lui était bien et légitimement due.

« Attendu qu'en le jugeant de la sorte le tribunal du Mans a violé la loi, etc. Cassé. »

— Voir encore Cass., 9 nov. 1842 ; Sir., 1843, 1, 704.

Est-ce à dire, cependant, qu'il faille dénier d'une façon absolue toute force probante aux registres et papiers domestiques ? Assurément, malgré le caractère formellement restrictif de l'art. 1331, ce serait dépasser le but de la loi que de refuser toute foi aux papiers domestiques. Ces papiers peuvent, en effet, bien que n'ayant qu'une valeur relative, fournir aux juges des indications utiles et un moyen de contrôle important pour l'ensemble des faits et documents de la cause : tout cela dépendant d'ailleurs des conditions matérielles ou morales où ils sont produits. Aussi la jurisprudence est-elle d'accord avec la doctrine pour décider qu'on peut tenir compte de ces registres et autoriser le serment supplétoire, quand ce serment vient compléter une preuve qui résulte déjà d'autres présomptions ou documents (Rej,

10 mai 1842, *Aff. Crét.* Sir., 42, 1, 635 ; Rej. 28 août 1844, Sir., 44, 1, 744 ; 1^{er} mai 1848, Sir., 48, 1, 501 ; Demol., *op. cit.*, n° 625.

Par les mêmes considérations, il a été jugé que les registres et papiers domestiques bien que ne faisant pas foi pour celui qui les a tenus, peuvent cependant être invoqués en sa faveur, notamment pour compléter une preuve résultant de la comparution des parties et d'une enquête dont la validité n'est pas contestée. (Sir., 31 mai 1881, 82, 1, 200).

Le juge est donc autorisé à consulter les papiers de famille à titre de simples renseignements et à y puiser des présomptions de fait. Cette assertion n'est nullement en contradiction avec la règle que nul ne peut se fabriquer un titre à soi-même : elle ne doit pas être considérée comme une exception à l'art. 1331. En effet si les registres faisaient foi en faveur de celui qui les a écrits, le juge devrait les admettre comme preuve, quand bien même il serait persuadé par toutes sortes de présomptions de fait que ces notes qui se trouvent sur ces papiers ne renferment que d'indignes mensonges, et au risque par là même d'entraîner de graves inconvénients. Au contraire, dans les hypothèses spéciales où nous venons de nous placer, le juge a un large pouvoir d'appréciation ; il n'est lié que par sa conviction personnelle ; il peut à son gré admettre les papiers domestiques s'il croit trouver dans les circonstances de la cause des présomptions telles qu'il lui paraît avéré que les registres ont raison : il peut également les rejeter si cela lui semble plus équitable. Par là, les abus que le législateur a voulu

prendre le soin d'éviter en posant la règle que nul ne peut se faire un titre à soi-même, ne sont nullement à craindre. On reste dans l'esprit de la loi : l'art. 1331 n'est nullement violé comme on pourrait être tenté de le croire de prime abord.

II

Si absolue que soit la règle posée par l'art. 1331, est-ce à dire cependant qu'elle repousse toute exception ? Il y a des circonstances dans lesquelles il serait bien rigoureux en effet, d'appliquer cette règle et de se conformer à la lettre de la loi. Voici par exemple des registres tenus de manière à inspirer toute confiance. Pierre a fait de nombreuses avances d'argent à Paul ; la preuve de ces avances ne se trouve que sur les papiers domestiques de Pierre. Mais il avait avec Paul des relations assez sûres pour qu'il se contentât d'en prendre note sur la recommandation même de Paul, et celui-ci reconnaît en effet dans un interrogatoire sur faits et articles être convenu avec lui qu'il tiendrait pour valables les notes qui seraient prises sur ses registres.

En vérité, peut-on dans cette hypothèse dénier toute force probante aux papiers domestiques ? — L'espèce s'est présentée devant la cour de cassation et elle a été résolue dans le sens de l'affirmative. Sur quels motifs appuyer une pareille solution ? — N'est-ce pas faire formellement échec à la règle de l'article 1331 ? — Assurément, nous sommes bien obligés de reconnaître qu'une telle décision viole ouvertement le principe que nul ne peut se

faire un titre à soi-même. Mais il s'agit précisément de savoir s'il n'est pas permis de faire une pareille violation quand il est manifeste que les parties ont été pleinement d'accord pour s'en rapporter aux livres domestiques. En d'autres termes, la question se ramène au point de savoir si la règle de l'art. 1331 doit être considérée comme une règle d'ordre public. Si elle doit être considérée comme telle, il est évident qu'on n'est nullement autorisé à y déroger par une convention particulière, art. 6. Mais au contraire s'il est constant qu'elle n'affecte point ce caractère, rien n'empêche alors les parties de convenir qu'elles attacheront force probante aux registres et papiers domestiques.

C'est bien dans ces termes que la question fut posée en 1876, par M. le conseiller Lepelletier dans le rapport qu'il fut appelé à faire sur le pourvoi qui fut formé contre un arrêt qui avait admis que les parties pouvaient déroger à l'article 1331. Nous ne pouvons mieux faire que d'analyser les principales considérations qui s'y trouvent, attendu que c'est le seul travail qui traite de l'espèce que nous sommes en train d'examiner.

Dans le mémoire qui était présenté à l'appui du système du pourvoi, on insistait sur le silence de la loi à cet égard : ce silence signifie, dit-on, qu'on a entendu s'en référer sur ce point à la théorie générale contenue dans l'art. 1341 qui prohibe formellement la preuve testimoniale, quand l'objet du litige dépasse 150 fr. Or tous les commentateurs de nos lois considèrent cette disposition comme étant d'ordre public. L'art. 1341 a donc une portée absolue : le consentement formel de la partie contre laquelle

on veut prouver ne pourrait pas lever cette règle prohibitive. Selon la plupart des auteurs, la prohibition de recevoir la preuve testimoniale hors des cas permis par la loi, est d'ordre public et les juges ne peuvent l'enfreindre même avec le consentement des parties interressées. (V. Larombière). Cette doctrine était enseignée anciennement par Vrévin dansses *Observations sur l'art. 54 de l'ordonnance de Moulin*, ch. IV ; Danti sur Boiceau, *Preuve par témoins* p. 68, n° 8 ; Rodier sur l'art. 2 tit. 20 de l'ordonnance de 1667, quest. 6 ; Bornier sur le même article ; Brodeau sur Louet, lett. D. § 33 ; Toullier, t. 9 n° 36 et suiv. ; Merlin, *Répertoire* : v° Preuve, sect. 2, § 3, art. 1^{er}, n° 29 ; Rolland de Villargues : *Répertoire du notariat* ; v° Preuve, n° 40 et suiv., Boncenne ; *théorie de la procédure*, t. 4, p. 225 et suiv.

Or si les dangers qui justifient la prohibition de la preuve testimoniale sont grands, combien sont à craindre les dangers que peut présenter en justice la production des papiers domestiques ! Partant la règle de l'art. 1331 ne doit-elle pas être regardée à juste titre comme une règle d'ordre public ?

Telle est en quelques mots l'argumentation sur laquelle s'appuie la négative. Mais on peut répondre avec M. le conseiller Lepelletier que si grande que soit l'autorité des commentateurs cités plus haut, il n'en est pas moins vrai qu'au fond l'art. 1341 ne contient rien de formellement exclusif de la volonté des parties ; cela est si vrai que la question est fortement controversée dans la doctrine, dont une grande partie dénie le caractère de règle d'ordre public à la prohibition de la preuve testimoniale (V. Jousse sur l'art.

2, tit. 20 de l'ordonnance de 1667 ; Duparc-Poulain, *Principes de droit*, t. 9 n^{os} 40 et 41 ; Duranton, t. 13 n^o 308 ; Favard, *Répertoire*. V^o enquête, sect. 1^{re}, § 1, n^o 3 ; Desmases : *Commentaire du Code de Procéd.* t. 1^{er} n^o 295 ; Dall., *Répertoire*. V. Obligations, chap. 6, sect. 2, art. 2, n^o 3 ; Boitard, *Leçons sur le Code de Procéd.*, t. II, p. 173, Carré et Chauveau, *Lois de la procéd.*, n^o 976 ; Curasson, *Compétence des Juges de Paix*, t. I, p. 104, n^o 15.)

Remarquons d'autre part que la jurisprudence des cours d'appel a toujours jugé la question, chaque fois qu'elle s'est présentée, dans le sens de la liberté des conventions (Bourges, 16 déc. 1826 ; S., 27, 2, 20. — Rennes, 25 fév. 1841. S., 41, 2, 427. — Bordeaux, 16 janv. 1846 ; S., 46. 2, 209).

D'ailleurs en admettant même la portée absolue que l'on attribue à l'art. 1341, ce ne serait pas une raison pour l'étendre à l'art. 1331 : il y a en effet entre ces deux dispositions une différence sensible : l'art. 1341 ne se borne pas, quand il prohibe la preuve testimoniale, à dire qu'elle ne pourra être opposée à la partie contre laquelle on la demande ; il adresse au juge lui-même la défense de la recevoir. « Il n'est reçu, dit l'art. 1341, aucune preuve par témoins. » Trouvons-nous pareille injonction dans l'art. 1331 ? Nullement. On n'y remarque aucune formule impérative analogue ; alors pourquoi conclure d'un cas à l'autre ?

Du reste en se plaçant uniquement au point de vue rationnel, peut-on attacher véritablement le caractère d'ordre public à la règle de l'art. 1331 ? Qu'est-ce en effet qu'une disposition d'ordre public ? La loi, quand elle nous parle de cette notion (art. 6, 686, 900, 1172, etc.),

ne la définit pas : elle se contente de la signaler. Pour savoir si telle loi a eu en vue l'ordre public ou si elle ne règle que des intérêts privés, il faut donc s'attacher à l'objet auquel elle se rapporte. Or si la distinction est facile dans certains cas, il en est d'autres au contraire d'un caractère si complexe qu'il est très difficile d'apercevoir exactement la ligne de démarcation entre l'ordre public et l'ordre purement privé, et l'on est bien forcé de reconnaître que le principe qui domine notre Code civil est la liberté des conventions, principe qui ne doit être abandonné que tout autant qu'on se trouve en face d'un autre principe supérieur dont le respect et le maintien sont indispensablement nécessaires à l'ordre de la société considérée au point de vue moral comme au point de vue matériel. « C'est donc qu'il faut rechercher la considération dominante, le but essentiel de la loi ; si telle disposition ne peut être modifiée sans que l'intérêt général ou un principe supérieur de justice et de morale aient à en souffrir, elle est d'ordre public : si au contraire elle peut être modifiée sans compromettre d'autres intérêts que ceux des parties qui y dérogent, alors qu'elles sont maîtresses de leur droit, elle n'a plus ce caractère. » Ce sont précisément les termes qu'emploie M. le conseiller Lepelletier lorsque, dans son rapport, il essaie de rechercher si l'on doit assigner le caractère d'ordre public à la disposition de l'art. 1331.

Or comment est conçue cette disposition ? « Les registres et les papiers domestiques, y est-il dit, ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits. » Que signifie cela ? Cela veut dire que la loi n'attache pas de force probante

aux registres et papiers domestiques que l'on voudrait produire à l'appui de sa prétention en justice et en dehors de tout consentement de celui auquel on entendrait les opposer. Mais rien n'indique dans la loi que la volonté des parties constatée par une convention ne puisse pas leur donner cette force probante qui leur manque. Car nous ne voyons pas en quoi l'ordre public peut être intéressé à proscrire une pareille convention. Il n'y a ici que l'intérêt de la partie qui a consenti à s'en rapporter à ces papiers domestiques, qui soit en jeu ; il n'y a que cet intérêt qui peut être compromis par cet engagement. — Mais n'est-ce pas se livrer à la merci de celui qui tient les registres, n'est-ce pas se reconnaître d'avance le débiteur de toutes les sommes qu'il lui aura plu d'inscrire et n'est-ce pas ainsi permettre à la fraude de se glisser dans les relations des particuliers et autoriser une foule d'abus contrairement à la volonté présumée du législateur qui a dû tenir à honneur, autant que faire se peut, de protéger les intérêts privés ? — Il ne faut pas s'exagérer la portée de cet engagement ; car, dans une certaine mesure, il y a toujours quelques dangers à courir dans toute opération juridique donnée ; et à ce compte là, il faut bien le reconnaître, il y aurait bien peu de rapports de droit dans lesquels la volonté des parties pourrait librement se mouvoir, et le principe de la liberté des conventions que l'on est en général d'accord pour considérer comme la règle de droit commun, ne serait plus qu'une rare exception. Et d'ailleurs ces dangers qu'on nous présente sont-ils réellement autant à craindre qu'on veut bien le dire ? Nous ne le croyons pas. Le débiteur auquel

on opposera le compte résultant des livres du demandeur aura toujours le droit de combattre cette prétention en démontrant la fraude ou l'erreur dans le compte présenté. Seulement ici, les rôles sont changés : ce sera à lui à faire la preuve du dol ou d'erreur qu'il allègue. Il est sans doute dans une situation moins bonne, puisqu'il a à prouver contre une preuve peut-être bien établi et qui présente des caractères de vraisemblance de nature à justifier la prétention de son adversaire. Ce n'est donc pas sans danger qu'il luttera contre lui, mais ce danger il l'a bien voulu, et il n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il a mal placé sa confiance. N'en est-il pas d'ailleurs ainsi en matière commerciale ? Sans doute, il y a un texte formel qui le décide. Mais si c'était une raison d'ordre public qui eût inspiré l'art. 1331, la même raison aurait retenu le législateur, quand il a écrit l'art. 12, *Et. co.*

Puis, comme le fait remarquer M. le conseiller Lepelletier, « les conséquences du système opposé seraient bien plus dangereuses et surtout bien plus injustes que celles que nous soutenons. Voilà une convention librement formée entre capables ; celui qui la respecte, qui confiant dans son exécution, remet des sommes importantes sans en prendre de reconnaissance et qui se borne à inscrire la mention, qui d'après l'accord commun, suffit à lui servir de titre, verra rejeter sa demande de remboursement comme non justifié et s'il se prévaut de la convention, on lui répondra qu'elle est nulle ; et alors même que son adversaire n'opposerait pas cette nullité, le tribunal la prononcera d'office (car il faut aller jusque-là, si c'est une loi d'ordre public que cette convention a violée). Ne se-

rait-ce pas accorder une prime à la mauvaise foi, c'est-à-dire sous prétexte de le sauvegarder, porter à l'ordre public l'atteinte la plus grave ? »

C'est sur ces conclusions que la cour de cassation a décidé selon nous avec raison par son arrêt du 20 mars 1876 (1) que les registres et papiers domestiques pouvaient faire foi en faveur de celui qui les avait écrits toutes les fois que la partie à laquelle on les avait opposés avait convenu de s'en rapporter pleinement à ces papiers.

Voilà la seule exception à l'art. 1331. Avant 1868, il y en avait encore une autre qui s'imposait : quand il s'agissait pour un maître d'une contestation avec son domestique, ses registres et papiers domestiques faisaient foi en sa faveur : cela découlait naturellement de ce que sous l'empire de cette législation le maître était cru sur son affirmation pour la quotité des gages, pour le payement du salaire de l'année échue et pour les a-comptes donnés pour l'année courante. Mais depuis que la loi du 2 août 1868 a abrogé l'art. 1781 du C. civil relatif aux réclamations de la part de domestiques ou d'ouvriers, cette distinction quant à l'inefficacité des registres comme moyen de faire titre en faveur de celui qui les a écrits, suivant leurs qualités, entre les personnes à qui ils sont opposés, a disparu.

SECTION II. — Cas dans lesquels les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits.

Ici, comme dans le premier cas, le principe est que les papiers domestiques n'ont aucune force probante.

1. Voir Sirey 77. 1. 338.

Cela résulte bien du soin que prend le législateur de nous indiquer les cas dans lesquels il permet d'y déroger. Ces cas sont donc des exceptions, et hors ces exceptions, les papiers domestiques ne peuvent pas faire foi en justice. C'est là une nouvelle différence à signaler entre les livres des marchands et les livres des particuliers. D'après l'art. 1330, les livres des marchands font foi contre eux, la règle est absolue; au contraire, les registres et papiers domestiques ne font foi que dans les deux cas suivants :

1^o Quand ils expriment formellement un paiement reçu, c'est-à-dire lorsque leurs mentions tendent à la libération du débiteur de celui qui les a écrits; en d'autres termes quand ils contiennent des mentions libératoires.

2^o Lorsqu'ils contiennent la déclaration ou reconnaissance d'une dette au profit d'un tiers avec la mention expresse que l'énonciation a été faite pour suppléer au défaut de titre en faveur du créancier.

1^o *Mentions libératoires.* (1)

En ce qui touche les écritures tendant à la libération du débiteur, voici quelle était la doctrine de notre ancien

1. Il faut bien se garder de confondre ces mentions libératoires avec les quittances; on peut préparer des quittances pour des paiements que l'on attend, et qui ne sont pas effectués: ce sont des projets de quittance qui ne font aucune preuve, quoique écrites, datées et signées, si on les trouve parmi les papiers du créancier. La preuve, en effet, que le paiement n'a pas été effectué, c'est que la quittance, au lieu d'être remise au débiteur, se trouve entre les mains du créancier. Il n'en n'est pas ainsi de la

droit, telle du moins qu'elle a été formulée par Pothier :

« Passons au second cas, dit-il, qui est celui auquel ce que j'ai écrit sur mon journal ne tend pas à m'obliger, mais au contraire à libérer mon débiteur ; comme lorsque j'ai écrit sur mon journal, soit que je l'ai signé ou non, fait une pleine foi contre moi au profit de mon débiteur, car la libération est favorable. »

Le Code a suivi la doctrine de nos vieux auteurs, mais il semble au premier abord qu'il soit allé plus loin qu'eux au point de vue des notes libératoires ; il veut qu'elles fassent foi dans tous les cas où elles énoncent formellement un paiement reçu.

On pourrait croire, d'après ces expressions générales, que cette disposition s'applique à tous les cas où la note énonce la réception d'une somme. En prenant l'article 1331 dans ce sens, si la note portait que Pierre a reçu la somme de 300 fr. que Paul lui a prêtés ou, ce qui revient au même, qu'il doit à Paul la somme de 300 fr. pour cause de prêt, cette note, quoique non signée, formerait une preuve complète contre Pierre, sans qu'il fût besoin de recourir à la preuve testimoniale ou à d'autres adminicules. — Nous ne croyons pas qu'il en soit ainsi cependant. Sans doute les expressions sont générales apparemment, mais elles sont restreintes au fond, nous semble-t-il, par les derniers mots de la disposition qui ne parlent que d'un paiement reçu, ce qui annonce qu'il

mention qu'un créancier fait qu'il a reçu telle somme : elle prouve que le paiement a été effectué ; car il serait absurde de supposer que ces mentions aient été écrites d'avance.

ne s'agit ici que d'une note libératoire qui fait preuve dans tous les cas en faveur du débiteur ; car suivant la propriété des termes, on ne reçoit paiement que de ce qui nous est dû. Celui qui nous prête ne paie pas : il n'était pas notre débiteur, il devient notre créancier. — Ajoutons à cela que les rédacteurs du Code se sont rarement écartés des opinions de Pothier. Il est donc très peu probable que la première interprétation soit dans l'esprit du Code. La loi n'a par conséquent pas pour objet la reconnaissance d'argent prêté ; le versement des espèces ne constitue pas un paiement reçu ; (Toullier, t. 8, n° 402 ; Dalloz, *Rép.* n° 4233 ; et la loi ne vise que ce cas.

C'est par application de ce principe que l'article 1415 du C. civ. autorise la femme à prouver par le secours des registres et papiers domestiques l'importance du mobilier qui lui est échu et que le mari n'a pas fait inventorier. — Il paraît bien résulter de la combinaison des articles 1331 et 1415 que les reprises de la femme sont légalement établies par les papiers domestiques de son mari. Outre qu'ils constatent formellement un paiement reçu, puisque les reprises résultent d'un versement à la masse, la loi prend soin de les comprendre nominativement au nombre des moyens mis à la disposition de la femme pour faire constater sa créance. Cette preuve de l'importance du mobilier non inventorié au moyen des papiers domestiques a en fait, une réelle importance en matière d'enregistrement et elle ne doit pas être perdue de vue par le receveur chargé de percevoir

1. Pothier, *Oblig.* n° 259.

les droits de succession. Aussi M. Garnier, dans le *Répertoire de l'Enregistrement*, blâme-t-il sévèrement la rigueur avec laquelle certains employés repoussent toute reprise non constatée par un acte authentique, et approuve fortement au contraire un jugement du tribunal de Périgueux du 29 décembre 1849 statuant qu'une dame Lardy, ayant justifié de ses reprises par les papiers domestiques dans la déclaration de succession de son mari, le receveur avait à bon droit admis la succession.

La loi subordonne-t-elle la force probante des mentions libératoires à certaines conditions ? — Non. — Aucune condition n'est exigée par elle, sauf bien entendu la condition générale que ces mentions soient écrites par celui auquel on les oppose, condition sur laquelle nous insisterons plus loin. — On est d'accord pour décider qu'elles n'ont besoin d'être ni datées pour valoir en justice, ni signées. Quant à la date, cela ne fait pas le moindre doute et cela est rationnel : en effet, puisque la loi n'exige même pas la date pour les actes sous-seing privés, à plus forte raison ne peut-on l'exiger pour de simples papiers domestiques. — Quant à la signature, elle est de rigueur au contraire, pour qu'il y ait un acte ; mais peut-on considérer dans l'espèce comme un acte la simple mention que le père de famille fait sur son registre pour se rendre compte à lui-même de ses affaires ? V. Pothier, *Tr. des obligations*, n° 259 ; — Liège, 18 fév. 1828. — *Pasicrisie*, 1828, p. 37. — Les mentions libératoires font donc foi en faveur du débiteur, qu'elles soient signées ou non du créancier. Une seule chose suffit : il faut qu'elles soient

écrites de sa main (1). Si elles l'étaient de la main d'un tiers, elles n'auraient plus de force probante, et cela se comprend à cause de la facilité avec laquelle on pourrait frauduleusement glisser ces notes dans les papiers du créancier. (Duranton, t. 13, n° 205 ; Rolland de Villargues, n° 17 ; Aubry et Rau, t. 8, p. 276 ; Larombière, t. 6, art. 1331, n° 9.) Ces notes ne feraient pas foi contre lui, fussent-elles de son fils ou de sa femme. Le principe à cet égard est donc absolu : « En déclarant que les registres et papiers domestiques, dit la Cour de cassation, ne font point un titre pour celui qui les a écrits, mais qu'ils font foi contre lui lorsqu'ils énoncent formellement un paiement reçu, l'art. 1331 fait clairement entendre que la force de preuve qu'il attache à ces registres et papiers contre celui à qui on les oppose, n'existe qu'autant que les énonciations de paiement qu'on y trouve sont écrites de sa main, et hors ce cas, elles ne valent même pas comme commencement de preuve par écrit. » (Cass. 9 nov. 1842. Sir. 43. 1. 704.)

1. Il n'est même pas nécessaire, pour que le registre domestique fasse foi d'un paiement contre celui qui l'a écrit, que la mention de ce paiement y soit spécialement énoncée : peu importe la manière que le créancier a crû devoir employer pour faire l'énonciation d'une décharge sur son registre. Celle-ci pourrait fort bien résulter d'un autre signe libératoire, par exemple du bâtonnement de la mention énonçant l'obligation. C'est ce qui a été jugé et bien jugé par un arrêt de la cour de cassation du 17 juillet 1866, qui a décidé que la preuve de la libération d'un huissier à qui un billet de commerce a été confié par un banquier pour en opérer le recouvrement, peut être considérée comme résultant du bâtonnement effectué sur le carnet du banquier et de sa main, de la mention constatant la remise dudit billet, alors d'ailleurs que ce mode de décharge était habituellement employé par le banquier. — Cass. 17 juillet 1866. Sir. I, p. 401.

Le principe ne fléchirait que tout autant que les énonciations émaneraient d'une personne habituellement employée à écrire le journal du créancier ; car ici, la fraude ne se présume pas, bien plus il y a présomption qu'elles ont été écrites par le créancier lui-même, ou du moins écrites par son ordre. Aussi la jurisprudence reconnaît-elle que les mentions écrites sur un registre domestique sont censées y avoir été inscrites par le père de famille et ont par conséquent force probante comme si elles avaient été réellement écrites par lui. Si même elles sont inscrites en partie de la main du créancier, propriétaire des livres, en partie de celle d'un tiers, on doit supposer que ce dernier n'a été que l'instrument, le représentant du premier. En pareille circonstance, en effet, les habitudes du père de famille, les faits particuliers de la cause doivent être pris en grande considération. En règle générale, on peut dire que toutes les fois que les circonstances peuvent faire supposer l'intention chez le créancier d'avoir donné mandat à celui qui a écrit les notes sur ses livres, ou de ratifier l'écriture de celui-ci, ces écrits font foi contre lui. C'est bien sur ces motifs que se fonde d'ailleurs la jurisprudence. C'est sur ces considérations que la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 11 juin 1872 que les livres d'un notaire pouvaient lui être opposés pour établir la réalité des paiements qui y sont énoncés, soit comme papiers domestiques, soit comme commencement de preuve par écrit encore bien que l'écriture de ces livres fût non de sa main, mais de celle du clerc chargé de ce travail. « Attendu que..., indépendamment de la règle de droit commun

énoncée dans l'article 1331 sur la force probante des papiers domestiques, il est certain que les livres d'un notaire doivent être considérés comme l'œuvre propre et personnelle de celui-ci ; que, quand même l'écriture de ces livres serait de la main d'un clerc, ce clerc n'a pu écrire que par le commandement, sous l'inspection et la surveillance du maître de l'étude ; d'où il suit que ce qui est mentionné sur les livres émane de ce maître, et n'est rien autre chose que la volonté du notaire manifestée par écrit. » (Cass., 11 juin 1872. Sir. 72, 1, 261).

Quid si la mention libératoire a été écrite par le débiteur sur le registre du créancier ? — En principe, une pareille mention ne devrait avoir aucune force probante. Cependant, d'après les tempéraments que nous avons admis, la force probante pourrait lui être accordée. C'est ce qu'a fait la Cour de cassation dans l'espèce suivante : Il s'agissait d'un mandataire chargé de faire des recouvrements, ce mandataire remettait immédiatement à la mandante les sommes qu'il recevait pour elle, puis il écrivait sur le registre de la mandante et en sa présence la mention de ces paiements. Les choses se passèrent ainsi pendant toute la vie de la mandante ; après sa mort, ses héritiers réclamèrent un compte du mandataire ; celui-ci répondit qu'il ne devait rien, parce qu'il avait remis à la mandante toutes les sommes qu'il avait touchées pour elle. La Cour de cassation décida qu'à raison des relations affectueuses et constantes qui avaient toujours existé entre la mandante et le mandataire, le juge du fait avait pu admettre que la mandante s'en était rapportée à la foi du mandataire

et l'avait dispensé des formes rigoureuses du droit. La Cour ajoute que même en droit, la preuve des versements faits par le mandataire était suffisante. Nous venons de voir, en effet, que l'on reconnaît que les mentions écrites sur un registre domestique par un gérant, un intendant, un administrateur ou un secrétaire, sont censées y avoir été inscrites par le père de famille. Pourquoi en serait-il autrement, lorsqu'elles sont l'œuvre du débiteur si ces inscriptions ont été faites sous les yeux mêmes du créancier ; cette circonstance n'implique-t-elle pas en effet le consentement et l'approbation de ce dernier ? (Req., 9 janv. 1865. D. 1865, 1, 160).

Quid si les mentions libératoires écrites sur les registres du créancier sont biffées, raturées ou cancellées ? — Feront-elles foi ? — On admet en général et avec raison qu'elles continuent à faire foi contre le créancier, pourvu, bien entendu que l'écriture soit restée lisible. Du moment que le créancier a écrit cette annotation sur ses registres, elle fait preuve contre lui de la libération du débiteur, et il ne peut appartenir au créancier de détruire cette preuve en se bornant à raturer l'écriture. La raison en est donnée par Pothier au sujet de l'écriture mise par le créancier sur son titre : « Il n'a pas dû dépendre du créancier ou de ses héritiers, en rayant l'écriture qu'il avait mise sur son registre, d'aneantir cette preuve de la libération du débiteur qui s'était contenté d'une quittance de cette sorte. » (Pothier, *Traité des Obligations*, IV^e partie, n° 760. — Duranton, t. 13, n° 208 ; Larombière, t. 6, art. 1331, n° 10 ; Demol., t. 29, n° 633). Il va sans dire toutefois, que si l'écriture est biffée de façon à ce

qu'il soit impossible d'en lire le contenu, elle ne produira aucun effet juridique et ne pourra faire preuve de la libération en faveur du débiteur. Cela montre combien il est imprudent pour celui-ci, de se contenter d'une simple inscription sur le registre du créancier. (Demol., *loc. cit.* ; Aubry et Rau, t. 8, p. 276, texte et note 10).

2^o Mention d'une obligation.

En second lieu, les registres et papiers domestiques font preuve contre celui qui les a écrits, de la mention d'une obligation. L'article 1331 y met toutefois une condition : il exige que cette mention contienne la déclaration expresse que la note a été faite pour *suppléer le défaut de titre* en faveur de celui au profit duquel l'obligation se trouve énoncée.

Ainsi aucune force probante ne pourrait être accordée à la mention portant simplement : Reçu à titre de prêt 1000 fr. de Paul. La mention suivante au contraire fera pleine foi contre celui qui l'aura écrite : Paul m'a prêté aujourd'hui une somme de 1000 fr. dont il n'a pas voulu que je lui fisse une reconnaissance ; j'inscris en conséquence cette note sur mon registre pour lui servir au besoin de titre.

Mais pourquoi ne pas se contenter, pour constater une obligation, d'une simple mention, comme on le fait quand il s'agit de constater la libération de son débiteur ? Pourquoi la loi se montre-t-elle plus exigeante dans un cas que dans l'autre ? C'est que, quand je mentionne une obligation sur mon registre au profit d'un tel ou d'un

tel, il peut parfaitement se faire sans doute que cette obligation ait existé quand je l'ai mentionnée sur mes registres, mais qu'est-ce qui prouve que cette obligation existe toujours ; ne peut-il pas se faire que je me sois acquitté et que j'ai eu la négligence ensuite de ne pas effacer cette note de mes registres ? Mais au contraire, si je déclare avoir reçu le paiement de ce qui m'était dû, une pareille supposition n'est pas admissible : cela prouve indubitablement que j'ai cessé d'être créancier. On comprend dès lors pourquoi le législateur a cru devoir subordonner la force probante de l'inscription d'une obligation à la mention d'une condition : il a voulu mettre le prétendu débiteur à l'abri de tout péril.

Cette condition a été empruntée à Pothier ; mais il faudrait se garder de croire toutefois que l'opinion de Pothier à cet égard ait été adoptée toute entière par les rédacteurs du Code civil. En effet, après avoir distingué avec Boiceau (*De la preuve*, p. 2, ch. 8, n° 14) le cas auquel les mentions des registres et papiers domestiques tendent à obliger envers quelqu'un celui qui les a écrits, et le cas auquel elles tendent, au contraire, à libérer le débiteur, il ajoute :

« Dans le premier cas, par exemple, si j'ai écrit sur mon journal ou sur mes tablettes, que j'ai emprunté vingt pistoles de Pierre, Boiceau pense que si cette reconnaissance faite sur mon journal ou sur mes tablettes, est signée de moi, elle fait preuve complète de la dette contre moi et mes héritiers, et que si elle n'est pas signée, elle ne fait qu'une semi-preuve qui doit être fortifiée de quelque indice.

« Je trouve plausible cette distinction de Boiceau, mais par une autre raison que celle qu'il a alléguée ; lorsque la note que j'ai faite de l'emprunt sur mon journal, n'est pas signée, cette note ne paraît faite que pour me rendre compte à moi-même et non pour servir au créancier de preuve du prêt qu'il m'a fait ; ce créancier n'ayant pas de billet, la présomption est qu'il me l'a rendu lorsque je l'ai payé et que me trouvant assuré par la restitution qui m'a été faite de mon billet, j'ai négligé de barrer cette note et de faire mention du paiement que j'avais fait, mais lorsque j'ai signé cette note, ma signature indique que j'ai fait cette note dans l'intention qu'elle servît au créancier de preuve de sa créance ; elle doit donc lui en servir. »

« Quoique je n'aie pas signé la note, si j'ai d'ailleurs déclaré ou fait connaître que je la faisais pour qu'elle servît de preuve du prêt, dans le cas auquel je serais prévenu par la mort : comme lorsque j'ai déclaré par cette note, que celui qui m'avait fait le prêt n'avait pas voulu recevoir un billet de moi, la note dans ce cas, quoique non signée, doit faire une preuve de la dette contre moi et mes héritiers » (Poth., *Tr. des oblig.*, n° 759).

Ainsi s'exprime Pothier et l'on voit combien son opinion s'écarte de la solution qui a été consacrée par notre Code civil. Pothier et Boiceau en effet pensaient qu'une note rédigée en termes absolus mais signée, devait faire preuve au profit du tiers, sa signature, disaient-ils, équivalant à la déclaration qui ne s'y trouvait pas.

L'art. 1331 est formel en sens contraire : la signature ne peut en aucun cas dispenser de la déclaration exigée

par la loi. Il faut pour que la note fasse preuve, qu'elle contienne la mention qu'elle a été faite pour servir de titre au créancier : à ce prix seul, elle peut valoir comme preuve complète. L'intention du législateur ne saurait être révoquée en doute à cet égard. Sans doute le législateur n'exclut pas formellement une note simplement signée, mais son silence sur ce point montre bien qu'il n'a pas entendu reproduire l'opinion de nos anciens jurisconsultes et de notre vieille jurisprudence : il est même censé l'avoir repoussée. « On n'a point admis, dit M. Bigot-Préameneu, dans l'exposé des motifs, l'opinion des auteurs qui regardaient comme suffisante la mention sur le journal ou sur les tablettes lorsqu'elle était signée. On ne doit pas accorder quand il s'agit d'établir un titre, la même faveur qu'on donne à la libération » (Locré, *Lég.*, t. XII, p. 399 et 400, n° 198 ; Toullier, t. 8, p. 463 ; Duranton, t. 13, p. 206 ; Bonnier, t. 2, p. 745 ; Larombière, t. 6, art. 1331, n° 3 et 5 ; Demol. t. 29, p. 630 et 631 ; Cass., ch. civ., 27 avril 1831, S. 33, 1.277).

La loi exige-t-elle l'emploi de termes sacramentels pour faire la déclaration en question ? Rien n'indique dans l'art. 1331 l'exigence d'une pareille formalité ; celui qui écrit la note n'a même pas besoin de donner le motif pour lequel il n'existe point de titre. C'est là une différence remarquable entre la disposition du Code et l'opinion de Pothier qui semble pour le cas qu'il cite, vouloir que la raison du défaut du titre soit exprimée dans l'annotation.

Quid si les écrits ne contenaient pas la mention expresse que la note a été faite pour suppléer le défaut de titre ?
— Cette question serait abandonnée à la libre appré-

ciation du juge qui pourrait trouver dans la note signée un commencement de preuve par écrit, comme dans le cas où la note non signée énonce une obligation au profit d'un tiers, sans porter la mention qu'elle a été faite pour lui servir de titre. Ce commencement de preuve par écrit pourrait comme tel autoriser l'admission de la preuve testimoniale et des simples présomptions, mais il aurait besoin d'être complété par elles (V. Toullier, Duranton, Larombière, *loc. cit.*; Sir., 31, Cass., 1.277).

Comme pour la mention d'une libération, il faut pour que les papiers domestiques fassent preuve contre celui qui les a écrits, qu'il les ait écrits lui-même. C'est là une différence avec les livres du commerçant qui font foi contre lui, lors même qu'ils sont écrits par une main étrangère. Pourquoi cette différence ? C'est que les livres de commerce ont un caractère en quelque sorte officiel : le commerçant qui est légalement obligé de les tenir, est par cela même tenu d'en diriger et d'en surveiller la rédaction ; ajoutons d'ailleurs que les nécessités des affaires commerciales, la rapidité qu'elles exigent, ne permettraient pas le plus souvent au marchand lui-même de suffire à cette tâche. — Il n'en est pas de même des registres des particuliers dont la tenue n'est pas obligatoire d'ailleurs et qui sont des écritures tout à fait intimes.

Inutile de faire remarquer qu'on admet ici les mêmes exceptions que nous avons admises quand il s'est agi de la mention d'une libération.

Quid si la note constatant l'obligation est barrée, raturée ou cancellée ? — Continue-t-elle de faire preuve en faveur

du créancier ? On est d'accord pour admettre que dans ce cas, la note cesse d'avoir aucune valeur, et cela quand bien même elle porterait la signature du débiteur. La radiation paraît bien être ici une preuve de l'acquittement de la dette. Cela peut ne pas être, dira-t-on ; le débiteur ayant la preuve de sa dette à sa disposition, a pu fort bien juger à propos de la faire disparaître ? Mais qu'importe, le créancier a eu confiance en lui en n'exigeant pas de titre de sa part, il faut qu'il en subisse les conséquences jusqu'au bout. Et puis d'ailleurs, est-il présumable que le débiteur se soit contenté de barrer sa propre écriture ? S'il avait eu une intention réellement frauduleuse, ne l'aurait-il pas anéantie entièrement plutôt que d'en laisser des traces de nature à donner des doutes sur son honorabilité ? cela lui était facile puisqu'il avait le titre entre les mains. — (Pothier, *Tr. des obligations*, n° 759 ; Duranton, t. XIII, n° 207 ; Larombière, t. VI, art. 1331 n° 10 ; Demolombe, t. XXIX, n° 633 ; Marcadé, t. V, art. 10 ; Aubry et Rau, t. VIII, p. 276, texte et note 11. Cass, 9 janvier 1865., Sir., 65, 1, 6).

3° *Caractères de la foi due aux énonciations contenues dans les registres et papiers domestiques.*

La foi qui est due aux registres et papiers domestiques est fort limitée à raison même de la nature des écrits auxquels elle s'applique. La force qu'ils peuvent avoir en justice dans les cas déterminés par la loi est elle-même également assez restreinte. Cette force n'est

pas en effet absolue, inébranlable : celui à qui on l'oppose peut établir soit au moyen de la preuve testimoniale, soit à l'aide même de simples présomptions, que les énonciations contenues dans ces registres, sont contraires à la vérité. Ces écrits ne constituent donc pas une preuve irréfragable ; ils sont susceptibles d'être combattus par la preuve contraire. La disposition de l'art. 1341 qui prohibe la preuve par témoins *contre et outre le contenu* aux actes ne saurait en effet leur être appliquée. Car ces écrits ne constituent pas des actes proprement dits, c'est-à-dire des écrits authentiques, ou sous signature privée dressés avec le concours ou sur la réquisition de toutes les parties contractantes, dans le but de servir de titre, et dont la remise par l'une des parties à l'autre, où le dépôt en mains tierces présente le caractère d'un fait conventionnel. Or l'art. 1341 ne s'applique exclusivement qu'à cette classe d'écrits. Il est basé sur cette présomption que les parties, qui ont, d'accord, rédigé un acte écrit, y ont inséré toutes les clauses qui formaient leur convention, et il est logique par suite, de ne point admettre l'une d'elles à venir après coup y introduire une clause nouvelle et différente en dehors de la preuve écrite, au moyen de la preuve par témoins. Tel n'est pas le caractère des registres et papiers domestiques qui ne peuvent sous aucun rapport être considérés comme des actes dans le sens que nous venons d'indiquer. Ils sont l'œuvre personnelle de celui qui les tient ; ils sont ou du moins ils peuvent être l'œuvre spontanée de l'une des parties seulement, et ne constituent ainsi que des aveux écrits, susceptibles comme tels d'être rétractés pour cause d'erreur de fait, (art. 1356, al. 4).

De ces considérations il résulte que celui à qui on oppose les énonciations des registres domestiques doit être admis à les combattre par tous les moyens qu'il peut avoir à sa disposition.

C'est ainsi qu'il serait admis à prouver par témoins ou par présomptions que l'énonciation d'un paiement reçu qui continue, on le sait, à valoir, bien qu'elle soit biffée ou raturée, est le résultat d'une erreur, d'une inadvertance ou de la précipitation; et comme présomption il pourrait invoquer ainsi la concellation ou le biffage de cette mention (Larombière, t. VI, n° 11; Demol., n° 635).

La partie qui invoque les énonciations contenues dans les registres ou papiers domestique de son adversaire, doit les prendre dans leur ensemble; il ne lui est pas permis, en principe, de les diviser en ce qu'elles ont de contraires à ses prétentions. Cependant, cette indivisibilité se restreint dans les limites de la défense de celui auquel on oppose telle ou telle mention de ses registres, et ce dernier ne peut jamais l'invoquer à l'appui d'une demande reconventionnelle. La solution contraire constituerait une violation de la première partie de l'art. 1331, (Marcadé sur l'article 1331 n° 4; Larombière, t. VI, art. 1331, n° 6; Demol., nos 629 et 634.

Ainsi, en admettant qu'on puisse assimiler à un aveu judiciaire les livres et papiers domestiques, on peut bien s'en servir, s'ils ont rapport à l'objet de la demande, pour établir les libérations de la partie contre qui une demande est formée; mais on ne peut se prévaloir de ces registres seuls pour faire un titre de créance en sa faveur sous le prétexte qu'ils sont indivisibles comme l'aveu (Cass., 16 déc. 1833. S. 34, 1, 123).

Si les registres ou papiers domestiques de la partie contenaient des mentions ou déclarations contradictoires, il appartiendrait au juge de déterminer d'après les habitudes de cette partie et les autres circonstances de la cause, la valeur de ces énonciations prises dans leur ensemble, ou de chacune d'elles en particulier.

CHAPITRE II

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES.

De ce que les registres d'un particulier peuvent faire foi contre lui, il semble que celui qui a intérêt à les invoquer, demandeur ou défendeur, a le droit d'en exiger la production en justice. La loi romaine contient sur ce point une disposition formelle. La loi 5, C. *de edendo*, dit : « *Non est novum a quo petitur pecunia implorare rationes creditoris ut fides veri constare possit.* » « Il n'est pas nouveau que le défendeur à qui l'on demande une somme d'argent réclame la communication des livres du créancier pour y puiser la preuve de la vérité. » Le droit romain obligeait donc le créancier à représenter ses livres domestiques et, s'il s'y refusait, sa demande pouvait être repoussée par l'exception de dol « *doli exceptione submoveti.* » L. 8, C. *de edendo*. Le défendeur seul avait le droit de contraindre son adversaire à exhiber ses registres ; mais ce droit n'appartenait pas, au contraire, au demandeur à l'encontre du défendeur : c'était à ce dernier que s'appliquait la maxime : « *Nemo cogitur edere contra se.* » « Nul ne peut être contraint de produire contre soi. » Contrairement à la loi romaine, notre Code civil ne contient aucune disposition à cet égard. Que décider ? Assurément on ne peut songer à transporter dans notre droit moderne

la distinction que faisaient les Romains : l'autorité du droit romain en cette matière qui est toute de législation positive ne saurait être invoquée aujourd'hui. Mais que faut-il conclure du silence de notre Code ? La doctrine est fort divisée sur ce point.

Dans une première opinion, on prétend que le silence du Code civil équivaut à la prohibition absolue du droit pour les parties et de la faculté pour le juge d'ordonner d'office la production des papiers des particuliers. Larombière, *op. cit.*, sur l'art. 1331, n° 12 ; Demolombe, nos 636 et 637 ; Aubry et Rau, t. 8, § 758. On ajoute à l'appui de ce système que le silence du Code est d'autant plus significatif que le Code de commerce, au contraire, contient des dispositions spéciales (art. 15 et 17) réglementant avec soin la représentation des livres des commerçants. Cette différence, dit-on, entre les livres des commerçants et les simples livres des particuliers s'explique, d'ailleurs, rationnellement. Sur quoi est, en effet, fondée l'obligation pour les négociants, de représenter leurs livres ? Sur l'obligation pour eux de les tenir. Ce sont là deux idées corrélatives que nous ne rencontrons pas quand il s'agit de simples registres domestiques. Nulle part, en effet, dans la loi on ne trouve de disposition ni explicite ni même implicite obligeant les particuliers à tenir des livres. Comment dès lors les forcer à représenter des registres qu'ils ne sont pas obligés de tenir ? On sera dans l'impossibilité de prouver, en effet, qu'il existe des registres ; la partie intimée n'aura qu'à nier qu'elle en a tenu et tout sera dit. On fait observer, d'autre part, que ces livres sont personnels à celui qui les tient et qui est réputé les tenir pour lui-même et pour

lui seul, et que le caractère particulièrement intime de ces sortes de papiers ne permet pas qu'on puisse se livrer sans titre à des recherches qui peuvent venir compromettre les secrets de famille.

Dans une seconde opinion, on prétend que la production des registres des particuliers est une conséquence logique de l'article 1331. La partie qui peut invoquer les registres domestiques de son adversaire, est par cela même, dit-on, autorisée à les faire représenter quand leur existence est établie, et sa demande à cet égard s'impose au juge. Les registres domestiques font preuve en effet de la libération et même de l'obligation contractée par celui qui les écrit : il faut donc que celui en faveur duquel les registres font foi puisse s'en prévaloir, et par suite en demander la représentation, autrement la preuve que lui offre la loi serait dérisoire ; la disposition de l'article 1331 étant sans application pratique serait lettre morte, serait dépourvue de sanction. La loi, conclue-t-on, n'a pas voulu d'un pareil résultat : on ne peut pas admettre qu'elle ait établi une règle sage et juste sans fournir en même temps les moyens de la faire exécuter. En conséquence, si le maître du registre alors qu'il serait prouvé par l'adversaire ou avoué par lui qu'il en existe un, refusait de le présenter, ce refus donnerait évidemment une certaine vraisemblance à la prétention de cet adversaire et il constituerait ainsi un commencement de preuve de nature à permettre au juge de recourir au serment supplétoire (art. 1367). Laurent qui soutient fortement cette opinion fait observer que la jurisprudence des cours de Belgique lui est favorable. Il cite particulière-

ment un arrêt de la cour de Bruxelles du 3 avril 1833 dont les considérants sont fort nets en ce sens :

« Attendu, disent-ils, que l'article 1331 admet les registres et papiers domestiques comme moyen de preuve du paiement des obligations, que l'appelant est implicitement convenu que son auteur tenait un registre pour annoter les recettes de ses fermages, qu'un pareil registre est de nature à jeter un grand jour sur la contestation qui divise les parties; que dès lors le juge pouvait même d'office et pour s'éclairer, ordonner la production de ce registre, qu'ainsi il a pu le faire à plus forte raison sur la demande formelle de l'intimé. » Bruxelles, 3 avril 1833; *Pasicrisie belge*, 1833, p. 215; voir encore, Bruxelles, 23 octobre 1815; *Pasicrisie belge*, 1815, p. 492; Laurent, t. XIX, n° 355.

A ce système, les partisans de la première opinion répondent qu'il n'est rien moins que péremptoire de prétendre que l'article 1331 manque de sanction si on ne permet pas aux parties d'exiger la production des papiers domestiques. Il est, disent-ils, des cas dans lesquels l'article 1331 sera loin de constituer une disposition inutile. Ils admettent en effet de nombreuses circonstances dans lesquelles la production des papiers des particuliers pourra être ordonnée. Ils reconnaissent que l'article 1331 recevra sans difficulté son application : 1° dans tous les cas où les registres et papiers domestiques seront librement et volontairement représentés; 2° toutes les fois que ces registres pourront être considérés comme communs aux deux parties. Et on considère comme communs aux deux parties, communs entre les

héritiers et les légataires ou entre les associés les titres d'une succession ou d'une société (art. 842). C'est surtout dans ces cas, ajoute-t-on, que le rôle des registres et papiers domestiques acquiert une réelle importance. Cette source de preuves et de documents est en fait infiniment précieuse dans les liquidations de successions ou de communautés ; car c'est bien souvent, dit avec raison M. Colmet de Santerre, entre personnes de la même famille que « les emprunts et les paiements sont faits sans qu'ils soient constatés par des billets ou des quittances. » — Colmet de Santerre, t. V, n° 295 *bis* ; C. de Toulouse, 9 juin 1877 ; Sir., 78, 1, 144. — On permet à ce titre d'exiger la représentation en justice des papiers que l'une des parties aurait tenus dans un intérêt commun afin d'y établir les opérations ou actes dont il doit être rendu compte : par exemple les livres de colonage que le propriétaire est dans l'habitude de tenir, autant dans l'intérêt de son colon que dans le sien, en quelque sorte dans un intérêt de société. (Merlin : *Répert.*, V° *Compulsoire*, § 2. Cass. 17 févr. 1869. Sir. 69. 1. 160.)

La cour de Rennes a obéi aux mêmes considérations en décidant par un arrêt du 26 février 1879 que le juge peut ordonner la production par le mandataire ou le gérant d'affaires, de ses livres, notes et papiers, relatifs à la gestion par lui exercée et dont l'examen est nécessaire pour la vérification de son compte :

« Considérant, dit cet arrêt, que c'est à bon droit que les premiers juges ont ordonné le dépôt par G... de ses livres, notes et papiers quelconques relatifs à l'exécution du mandat qui lui avait été donné et de la gestion d'af-

fares dont il s'était chargé pour le compte des époux O...; que la production de ces documents est nécessaire pour l'appréciation des prétentions respectives des parties et que d'ailleurs la loi ne prohibe pas une semblable manière d'instruction; qu'il ne s'agit pas dans l'espèce de contraindre un notaire à produire des registres de comptabilité qu'il n'est pas obligé de tenir, mais d'exiger d'un mandataire salarié, la justification de son compte par la production de papiers domestiques et de documents qui doivent être considérés comme communs aux deux parties, etc. » (Rennes, 26 février 1879, D. P. 80, 2, 91).

3^o On reconnaît encore que le juge peut exiger des particuliers la représentation de leurs livres dans tous les cas où lors de la confection d'un inventaire après décès ou pour cause d'absence, les parties intéressées auront eu soin de faire constater l'existence et la teneur des registres du défunt ou de l'absent. (Aubry et Rau t. 8, p. 278, note 16, Larombière, n^o 12). Mais, on n'admet pas au contraire qu'un créancier puisse demander à faire une perquisition dans les papiers d'une personne décédée, pour y chercher des pièces tendant à établir sa créance contre la succession. (Caen, 18 juillet 1838).

En résumé, voilà dans quelle mesure la première opinion, c'est-à-dire le système de la jurisprudence admet la représentation des papiers domestiques en justice. En principe, les tribunaux n'ont pas le pouvoir d'ordonner la production des livres des particuliers : ce n'est que dans les cas que nous venons de signaler qu'ils peuvent l'exiger. Ce sont les cas seuls que prévoient les arrêts

des cours d'appel et de la cour de cassation quand ils autorisent une partie à contraindre son adversaire à exhiber ses registres. (Rennes, 31 mars 1849, D. P. 50, 5, 388.

Il faut avouer que les exceptions admises par ce système ne servent guère à le justifier; car du moment qu'il est reconnu que les registres et papiers domestiques constatés dans un inventaire après apposition et levée des scellés peuvent être invoqués par ceux qui y sont intéressés, c'est que la prétendue prohibition que l'on fait résulter et du silence du Code et du besoin de respecter les secrets des familles n'existe pas en réalité: que l'on reconnaisse au juge le pouvoir d'exiger la production de papiers communs entre les parties, cela peut se justifier; mais on s'explique difficilement pourquoi une apposition de scellés pourrait faire fléchir le principe de la prohibition; l'inventaire ne peut pas donner le droit de compulser les papiers domestique si ce droit n'existe pas auparavant. C'est ce que pensent Toullier et Duranton. Aussi admettent-ils qu'on se conforme davantage à l'esprit de la loi en laissant au tribunaux la liberté d'ordonner ou de refuser la représentation des livres et papiers domestiques suivant les circonstances. Car, en définitive, se taire ce n'est pas prohiber, et dans l'incertitude, le plus sage n'est-il pas de dire que les juges auront à éviter d'une part un refus qui rendrait illusoire un droit consacré par la loi, de l'autre de permettre de secrètes investigations dans les secrets de familles? Le juge devra donc tenir compte de ces deux considérations dans la décision qu'il pourra être appelé à rendre à cet égard. Et par conséquent, s'il est reconnu qu'une personne a tenu des registres, son

refus de les représenter, quand le juge estime qu'ils doivent être produits, donnera une grande vraisemblance à la prétention de son adversaire, et pourra même être considéré comme un commencement de preuve par écrit de nature à permettre à l'adversaire de recourir soit à la preuve testimoniale soit à la delation de serment: le juge pourrait lui-même différer le serment supplétoire. art 1367. Duranton t. 13, n° 209; Toullier t. 8, n° 404.). Voir également dans le sens de cette opinion un arrêt de rejet du 15 février 1837.

DEUXIÈME PARTIE

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES EN MATIÈRE D'ÉTAT ET DE FILIATION

En fait, les registres et papiers domestiques jouent un rôle relativement restreint en matière d'obligations ; car la plupart du temps les conventions des parties seront relatées dans des écrits à ce destinés, actes authentiques ou actes sous seing privés et quand un débiteur paiera ce qu'il doit, il aura toujours le soin de se faire délivrer quittance : ce n'est donc que très rarement qu'on aura recours aux registres et papiers domestiques. Mais au contraire, ceux-ci prennent une importance bien plus grande en matière d'état et de filiation. Toutes les fois qu'en se trouve dans l'impossibilité de présenter en justice la preuve d'un état civil, d'une naissance, d'un décès, d'un mariage, il devient alors nécessaire de se procurer d'autres preuves que ces preuves normales déterminées par la loi et parmi ces preuves, le législateur semble bien avoir voulu placer au premier plan les registres et papiers domestiques. Le langage du conseiller Thibaudeau, au Conseil d'État, paraît bien nous autoriser à penser que telle a été son intention : « Toutes les ordonnances, dit-il, ont donc voulu que la preuve de la naissance fût faite par les registres publics, et en cas de perte des registres

publics, elles ont voulu que l'on eût recours aux registres et papiers domestiques des père et mère décédés, pour ne pas faire dépendre uniquement l'état, la filiation, l'ordre et l'harmonie des familles de preuves équivoques et dangereuses, telles que la preuve testimoniale dont l'incertitude a toujours effrayé le législateur. »

Toute la pensée de la loi se trouve dans ces quelques paroles. C'est ce que montreront les développements qui vont suivre.

CHAPITRE PREMIER

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES EN MATIÈRE D'ACTES DE L'ÉTAT CIVIL

La preuve régulière des actes de l'état civil, des naissances, mariages et décès, s'effectue au moyen des registres de l'état civil, registres publics, authentiques dont la rédaction est exclusivement confiée à un officier public, appelé officier de l'état civil. Les faits que relatent ces registres ont une si grande importance aux yeux du législateur que leur inscription est entourée d'une série de formalités destinées à prévenir les fraudes qui sont particulièrement à craindre en cette matière. Dans ce but, la loi exige que les registres « soient cotés par première et dernière et parafés sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance » et elle rend ainsi impossible toute suppression, substitution, intercalation et addition de feuillets; — c'est également dans ce but que sont faites les prescriptions contenues dans les articles 42 et 43, C. civ. Aussi le Code civil ne craint-il pas d'attacher un degré d'autorité considérable aux actes de l'état civil; il fait toutefois à cet égard une distinction au point de vue des différentes énonciations qui doivent être contenues dans ces actes : Parmi ces énonciations, il en est qui sont simplement la

reproduction des déclarations faites par les personnes qui sont chargées par la loi de porter à la connaissance de l'officier de l'état civil les faits qui doivent être constatés dans les registres publics : si ces déclarations sont du nombre de celles dont l'officier de l'état civil n'a pas contrôlé l'exactitude, les énonciations qui les reproduisent n'ont qu'une force probante relative, elles font foi jusqu'à preuve contraire. — Il y a au contraire des énonciations qui sont relatives à des faits que l'officier de l'état civil atteste comme les ayant vérifiés *propriis sensibus*, de *visu aut auditu* : celles-là sont de telle nature qu'on ne peut pas prétendre qu'elles sont fausses, sans attaquer la véracité de l'officier de l'état civil parlant en cette qualité ; aussi ont-elles une force probante absolue, ce sont elles que vise l'article 45 quand il dit que les actes de l'état civil font foi « *jusqu'à inscription de faux.* »

Ces mentions qui ont une si grande autorité, la loi a tout fait pour en assurer l'inscription sur des registres, et elle a tout fait pour assurer l'existence de ces registres eux-mêmes et pour en prévenir la perte ou la destruction. Cependant, il peut arriver que malgré toutes les précautions prises par elle on se trouve dans l'impossibilité de prouver l'état que l'on invoque, par suite du défaut des preuves normales et régulières. Le Code civil a prévu ces cas et il semble les avoir limitativement déterminés dans l'art. 46 :

« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres, dit cet article, ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et dans ces cas, les mariages, naissances et décès pourront être prouvés tant

par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins. »

Rapprochons immédiatement de cette disposition, l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667 dont l'art. 46 est presque la reproduction littérale, et que nous aurons par conséquent souvent l'occasion d'invoquer dans le courant de notre étude.

« Si les registres sont perdus ou qu'il n'y en n'ait jamais eu, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins ; et en l'un et l'autre cas, les baptêmes, mariages et sépultures pourront être justifiés tant par les registres et papiers domestiques des pères et mères décédés que par témoins, sauf à la partie de vérifier le contraire ».

Le plan de ce chapitre se trouve donc implicitement indiqué par l'art. 46 : nous aurons successivement à parcourir les quatre points suivants :

1° Des cas où le Code civil admet la preuve tant par les registres et papiers domestiques émanés des père et mère décédés que par témoins.

2° Conditions auxquelles est subordonnée cette preuve.

3° Manières dont il permet que cette preuve soit faite.

4° Les dispositions de l'art. 46 sont-elles restreintes aux preuves de naissance, mariages et décès et ne sont-elles pas également applicables aux preuves d'autres faits qui appartiennent à l'état civil ?

SECTION I. — Des cas où est admise par l'article 46 la preuve par les registres et papiers domestiques émanés des père et mère décédés.

Deux cas seulement sont prévus explicitement par l'art. 46 comme par l'art. 14 du titre 20 de l'ordonnance de 1667.

1^o Il n'a pas existé de registres dans le lieu et à l'époque où il est allégué que certains actes de l'état civil ont été faits.

2^o Les registres existaient bien, mais ils ont été perdus ou détruits.

Il semble à première vue que notre disposition soit limitative, que la preuve en question ne soit permise que tout autant que l'on se trouve dans l'un ou l'autre des cas ci-dessus déterminés. Il n'en n'est cependant rien. L'art. 46 est à cet égard simplement indicatif: les cas énumérés par lui sont ceux qui se sont présentés le plus naturellement à l'esprit du législateur, mais celui-ci n'a pas entendu exclure par cette énumération les autres cas dans lesquels il peut être impossible de présenter la preuve normale. Sur ce point, l'art. 46 est une application importante de l'art. 1348, 1^o. Cela est reconnu par la jurisprudence; le point sur lequel on se divise, c'est la question de savoir quelles hypothèses on doit faire entrer dans l'un ou l'autre des deux cas déterminés par la loi, quelles hypothèses on doit en exclure d'une façon absolue.

1^o. *Cas d'inexistence des registres.* On peut distinguer deux sortes d'inexistence: l'inexistence totale et l'inexistence partielle. Le premier cas n'est guère susceptible de

se présenter aujourd'hui : depuis que les officiers de l'état civil sont institués, il est impossible de supposer qu'il y ait des communes où les registres n'aient pas été tenus. Ce cas pourrait être invoqué toutefois dans des affaires qui remonteraient au début de l'institution, ce qui ne pourra être que fort rare.

Au contraire, les cas d'inexistence partielle peuvent se présenter plus fréquemment dans la pratique : il peut se faire que les registres aient été tenus d'une manière complètement irrégulière, qu'il s'y rencontre des interruptions, des lacunes et des blancs forcés, par suite par exemple, d'une maladie contagieuse ou d'une guerre civile et étrangère. Ces hypothèses rentrent naturellement dans le premier cas prévu par l'article 46. Rien dans le texte ne s'oppose à ce que nous les rangions au nombre des cas où la preuve par les registres et papiers domestiques peut être admise : l'article 46 ne fait en effet aucune distinction, il parle d'inexistence de registres, mais ce mot inexistence est par lui-même fort élastique et peut tout aussi bien s'entendre de l'inexistence partielle que de l'inexistence totale. D'ailleurs la loi du 13 janvier 1817 sur le décès des militaires absents (1) semble bien venir confirmer cette idée : elle aussi ne fait pas de distinction, elle fait plus ; elle rapproche dans une même proposition les cas d'inexistence partielle et les cas d'inexistence to-

1. *L. 13 janvier 1817, art. 5* : « La preuve testimoniale du décès pourra être ordonnée conformément à l'article 46 du Code civil, s'il est prouvé soit par l'attestation du ministre de la guerre ou de la marine, soit par toute autre voie légale qu'il n'y a pas eu de registres ou qu'ils ont été *perdus en tout ou en partie* ou que leur tenue a éprouvé des interruptions. »

tale et les soumet tous les deux aux mêmes règles. Mais peut-on objecter : sans doute, les registres peuvent être tenus irrégulièrement, mais il n'en est pas moins vrai que ces registres existent et que l'art. 46 suppose précisément qu'ils n'existent pas du tout : comment donc peut-on songer à faire entrer cette hypothèse dans cette disposition ? Nous répondons que la raison de notre interprétation a pour base une présomption d'inexistence : il est fort probable en effet, quand les registres, sont tenus sans ordre de date, que les mentions n'existaient réellement pas, mais qu'elles ont été faites après coup par l'officier de l'état civil. C'est bien dans ce sens que semble se placer la jurisprudence. C'est ainsi que statue un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 9 germinal an XIII ; il s'agissait dans l'espèce d'un acte de mariage que l'on prétendait avoir été célébré en juin 1793 ; cet acte on ne le trouvait pas dans les registres de l'état civil, ces registres contenant une foule d'actes placés hors de leur ordre chronologique et à la suite d'autres qu'ils auraient dû précéder ; il était bien établi enfin que l'officier de l'état civil ne les avait inscrits qu'après coup et au fur et à mesure qu'ils s'étaient présentés à sa mémoire : l'arrêt en question les considère comme inexistantes.

Citons encore à l'appui les considérants très nets d'un arrêt du 30 janvier 1810 ; « attendu, y est-il dit, que la cour s'est convaincue que les dits registres n'offrent partout que confusion, désordre, mensonge, contradiction, qu'il est évident même qu'ils ont été faits après coup et copiés sur de faux documents, même avec des blancs laissés au milieu des actes portés sur les registres et qu'on

a remplis d'une encre et d'une écriture différentes du corps des actes.

« Attendu que la loi parlant de la confiance qu'elle accorde aux registres de l'état civil, n'a pu entendre en effet que des registres réguliers vrais en eux-mêmes et faits selon les formes qu'elle prescrit ; qu'au contraire les registres dont il s'agit, évidemment et matériellement faux, ne peuvent être considérés que comme toute absence de registres, puisque c'est la même chose de *n'exister pas* ou de *n'exister* que dans une forme contraire à la raison et à la loi, qu'en cet état, c'était le cas de l'application de l'art. 46, etc. »

Voir également un arrêt de la Cour de Bordeaux du 9 mars 1812 (Sir. 2. 421), et de la Cour de Montpellier du 2 mars 1832.

Nous pouvons donc dégager de la jurisprudence cette proposition que des registres mal tenus et au mépris de toutes les prescriptions de la loi sont considérés comme n'existant pas légalement ; or l'inexistence légale doit être mise sur la même ligne que l'inexistence matérielle, l'art. 46 ne faisant aucune distinction.

— 2°. *Cas de perte ou de destruction des registres.*—Les registres existent matériellement et légalement, mais ils ont été perdus ou détruits. Ceci est plus susceptible de se présenter que le précédent ; et cependant on sait les précautions que prend le législateur pour assurer la conservation des actes de l'état civil. Dans ce but, la loi défend de les inscrire sur des feuilles volantes qui s'égarent facilement et elle édicte des peines sévères contre les officiers de l'état civil qui ne se soumettent pas à ces sages prescriptions (art. 192, C. p.), sans préjudice des dommages-intérêts

qu'ils pourraient être condamnés à payer aux intéressés, à raison du préjudice causé par leur coupable négligence. (art. 52). Bien plus, la loi exige que les registres soient tenus doubles : il doit y avoir un double exemplaire de chaque registre, de telle sorte que chaque acte de l'état civil sera inscrit sur deux registres différents. L'un de ces doubles doit être déposé à la fin de chaque année aux archives de la commune et l'autre au greffe du tribunal civil de première instance. Les registres de l'état civil se trouvant ainsi dans un double dépôt, leur conservation est par là même mieux assurée : que les archives d'une commune soient détruites en effet par un incendie, il restera encore les registres déposés au greffe ; si ce double dépôt n'existait pas, il ne resterait plus rien au contraire.

Il peut cependant arriver et il est arrivé dans le cours de notre histoire que les registres soient perdus ou détruits par suite d'un événement de force majeure, une inondation ou un incendie. (1) C'est dans ces cas encore que l'article 46 recevra son application.

1. Dans ces circonstances cependant, les dispositions de l'article 46 ont quelquefois paru insuffisantes, Diverses mesures ont été prises notamment en 1845 et en 1872 pour procéder à la reconstitution des actes de l'état civil détruits. La loi des 12-25 février 1872 institua une commission chargée de rétablir tous les actes détruits pendant la Commune. Cette reconstitution devait se faire au moyen, soit des extraits authentiques que les parties ou les administrations pouvaient avoir en leur possession, soit des écrits dressés par les soins du clergé ou des diverses administrations, tels que les registres des hôpitaux, des cimetières, etc. Enfin conformément aux dispositions de l'article 46, ces actes pouvaient être rétablis au moyen de la preuve testimoniale ou au moyen des *papiers domestiques* que les parties pouvaient avoir en leur possession. Il

On est d'accord, en jurisprudence comme en doctrine, pour assimiler à ce cas celui où il manque une feuille dans les registres existants, la feuille qui se rapporte précisément à l'époque à laquelle on soutient qu'y a été inscrit l'acte de l'état civil dont on demande à faire la preuve. (Loché, art. 46 ; Toullier, t. 1. 349 ; Merlin, *Répert.* : au mot mariage, sect. 5 § 2, n° 6 ; Malleville, *Comm. sur le Code civil*, art. 46 ; Delvincourt, *id.* I, part. II, p. 65 ; Duranton, t. 1. 296 ; Rieff, *Comm. sur les Actes de l'état civil*, n° 78 ; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *op. cit.*, 1. 124 ; Demolombe, 1, n° 322 ; Laurent, t. 2, p. 72, n° 49 ; Sir. 14. 1. 291 ; Req, rej. 24 mars 1829, Dall. 1. 198. Voir également Dall. 1842. 2. 81.)

Il est évident cependant que la loi ne prévoit pas ce cas. Mais l'article 46, comme l'article 14 de l'ordonnance de 1667, tit. XIV, doit s'entendre dans un sens plutôt *indicatif* que dans un sens *limitatif*. L'esprit de ces deux articles n'a pas été de restreindre littéralement la preuve de l'article 46 au seul cas de la non-existence ou de la perte totale et absolue des registres. La destruction partielle des registres doit être considérée comme équivalente à leur destruction totale pour la personne qui prétend que l'acte qui la concerne se trouvait précisément sur la partie détruite. L'article 5 de la loi du 13 janvier

n'est pas inutile de remarquer au point de vue qui nous occupe que ces actes de l'état civil ainsi reconstitués n'ont pas tous la même force probante. Ceux qui ont été reconstitués par le moyen d'extraits des anciens registres déclarés conformes, ont la force probante que leur attribue l'article 45, ceux que la commission a rétablis au moyen des autres documents, notamment des *registres et papiers domestiques*, ne font foi que jusqu'à preuve contraire.

1817 que nous avons déjà invoqué, pour le cas d'inexistence partielle, peut également être invoqué pour le cas de perte ou de destruction partielle.

Le législateur de 1804 ne fait que suivre en cela l'interprétation donnée par nos vieux auteurs à l'ordonnance de 1667, et c'est chez eux qu'il faut chercher, croyons-nous, les vrais motifs qui font qu'on doit s'écarter du texte et qu'on doit le considérer comme purement énonciatif. En voici une raison péremptoire qui nous est donnée par Rodier :

« Si, dit-il, dans un registre mal tenu, il se trouvait manquer une feuille, par un effet présumé du désordre du registre, ce serait comme si tout le registre manquait et était égaré ; car chaque partie n'a intérêt qu'à la feuille qui regarde le baptême, le mariage ou la sépulture dont il s'agit ; et puisque l'ordonnance permet la preuve quand ce registre entier est perdu, pourquoi ne l'admettrait-on pas quand une partie du registre est perdu ? — Mais si le registre étant d'ailleurs en bon état, il se trouvait une feuille arrachée et qu'il parût qu'on l'eût arrachée à dessein ou qu'on en eût substitué une autre, on ne devrait point admettre la preuve par actes ni par témoins, de l'âge, du mariage ou de la mort. »

Il résulte clairement de la doctrine de cet auteur que les juges ne doivent pas appliquer indistinctement l'article 46 du Code civil à la perte et à la lacération partielle ; mais il n'en n'est pas moins certain qu'ils peuvent l'y appliquer, lorsque les circonstances leur paraissent l'exiger. La solution des questions de cet ordre est donc abandonnée à la prudence du magistrat. (Merlin,

Répert. V^o Mariage, sect. 5, n^o 6; Cour de Pau, 4 mars 1812. Cass. 21 juin, 1814, Sir. 1. 291).

3^o *Les registres existent et sont bien tenus, mais on présente un acte de l'état civil inscrit sur une feuille volante; —* la preuve de l'article 46 sera-t-elle admissible?

Selon un premier système, ce cas doit tomber sous l'application de l'article 46. La loi, dit-on, ne contient aucune disposition générale prononçant la nullité des actes de l'état civil qui ne sont pas dressés sur des registres conformément à ses prescriptions. Elle ouvre seulement une action en dommages-intérêts et prononce une peine correctionnelle contre l'officier de l'état civil qui a rédigé de pareils actes (C. civ., art. 52; C. pén., art. 192. Rapport au Tribunat par Siméon, voir Loaré, *Leg. III*, p. 207, n^o 16.). — Nulle part, on ne trouve de texte spécial d'après lequel les naissances et les décès ne seraient susceptibles de se prouver que par des actes inscrits sur les registres de l'état civil. Dans le silence de la loi, le plus sûr ne serait-il donc pas peut-être d'admettre, ainsi que le faisait l'article 9 de la déclaration du 9 avril 1736, que les tribunaux ont en cette matière un pouvoir discrétionnaire. Ils pourraient donc, suivant les circonstances, ou annuler l'acte ou le maintenir, ou même, prenant une sorte de moyen terme entre les deux extrêmes, le considérer comme un commencement de preuve. Par conséquent, conclue-t-on, si les tribunaux peuvent reconnaître comme suffisamment probants des acte portés sur de simples feuilles volantes, à plus forte raison doit-on les autoriser à admettre la preuve excep-

tionnelle de l'article 46 pour compléter les indices résultant de pareils actes. (Ducaurroy et Bonnier, I, n^{os} 337-338 ; Richelot, I, p. 195, note 1 ; Toullier, I, n^o 348 ; Coin-Delisle sur l'article 52. — C. de Metz, 19 août 1824. Sir. 25. 2. 296.)

M. Demolombe, quoique trouvant assez naturel que cette opinion triomphe dans la pratique, la croit cependant peu conforme aux principes. Sans doute, dit-il, la loi n'a pas prononcé de nullité applicable aux cas où l'acte de l'état civil est inscrit sur une simple feuille volante, mais il est permis de douter qu'on soit en droit de conclure de son silence que tout acte si informe qu'il soit puisse être considéré comme un acte de l'état-civil, s'il manque des conditions substantielles qui constituent les actes de ce genre. Or, l'inscription sur les registres ne constitue-t-elle pas une de ces conditions essentielles ? Cela ne résulte-t-il pas de l'ensemble des dispositions de notre Code sur ce point ? (Art. 45, 48, 62, 171, 194, 198, 349, 359, etc.) Il n'y a que l'officier de l'état-civil qui puisse dresser légalement ces actes, mais il n'est compétent pour le faire qu'en tant qu'il les inscrit sur les registres à ce destinés ; du moment qu'il a recours à d'autres moyens que ceux indiqués par la loi, il cesse de l'être, il perd son caractère officiel, art. 35. Ainsi, un pareil acte est nul selon cette opinion, et les parties ne sont nullement autorisés à se servir de la preuve exceptionnelle de l'article 46. Demolombe, I, n^o 323 ; Duranton, I, 344 ; II, n^o 251 ; Cass., 27 nov. 1808. D., *Rec. alph.*, t. X, V^o *Mariage*, sect. 8, n^o 4.

Cette dernière opinion nous paraît trop rigoureuse.

Sans doute, il n'y a rien de plus irrégulier qu'une telle inscription, rien de plus contraire aux dispositions de notre Code : la loi attache même à ce fait une sanction pénale. Mais il nous semble bien dur de rendre les parties responsables de la maladresse ou de la négligence de l'officier de l'état-civil et de les priver du bénéfice de l'article 46. C'est pourquoi nous croyons devoir nous rallier aux conclusions du premier système, mais non pas par les mêmes raisons. Nous ne pensons pas qu'on doive rattacher la solution de cette question à celle de savoir si oui ou non un pareil acte doit être considéré comme valable. C'est, il faut le reconnaître, le reproche que l'on peut adresser aux deux systèmes que nous venons d'exposer. En admettant la validité d'un acte inscrit sur une feuille volante, comme on le fait dans la première opinion, ne rend-on pas en effet la preuve de l'article 46 complètement inutile ? Si on déclare un tel acte valable, qu'est-il besoin de recourir à la preuve tant par témoins que par les registres et papiers domestiques ? Il est vrai que les tribunaux ont, à cet égard, un très large pouvoir d'appréciation et qu'ils peuvent ne considérer la feuille volante que comme un commencement de preuve par écrit pouvant autoriser l'emploi de la preuve testimoniale. — Fort bien ; mais est-ce à dire qu'on se trouve dans le cas prévu par l'article 46 ? — Nullement. On arrive indirectement à pouvoir se servir de la preuve testimoniale tout comme dans l'article 46, mais ce n'est plus en vertu de l'article 46 ; on obéit ici à un autre principe ; pratiquement le résultat est le même, sans doute, à ce point de vue, mais au point de vue juridique ces deux cas sont absolument dis-

tincts ; et la distinction a dans l'hypothèse un intérêt pratique : car, si nous ne sommes pas dans le cas de l'article 46, la preuve spéciale par les registres et papiers domestiques ne sera pas admissible. Aussi pensons-nous avec Dalloz qu'on ne doit point se préoccuper de la validité de l'acte inscrit sur une feuille volante. Il s'agit de savoir si on mettra les tribunaux dans l'impossibilité absolue d'écouter un citoyen dans la réclamation de ses droits de cité ou de famille, et s'il y a une impossibilité juridique à permettre aux parties de recourir, dans l'hypothèse, aux moyens qui sont offerts par la loi dans l'article 46. Or, le Code fait-il obstacle à l'admission d'une pareille preuve ? Nous avons eu déjà l'occasion de le dire, l'article 46 n'est nullement limitatif, il a été fait dans le but de permettre à toute personne qui se trouverait dans l'impossibilité sans sa faute de présenter un acte inscrit sur les registres de l'état-civil, de faire la preuve de son état tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins ? Ne sommes-nous pas en réalité dans ce cas ? Il y a des dangers, dit-on, de se montrer trop facile sous l'admission d'une pareille preuve sur le vu d'un acte illégal. Mais n'y en n'aurait-il pas également dans le refus péremptoire d'admettre des papiers de famille qui viendraient corroborer et fortifier les indices résultant de cet acte illégal ? Ne serait-ce pas une injustice ?

D'ailleurs ces dangers sont-ils autant à craindre qu'on le prétend avec le large pouvoir d'appréciation qui est laissé au juge sur ces points ? Dalloz, *Rép.* V° *Actes de l'état civil*, n° 147 ; Aubry et Rau, t. I, p. 218.

4°. *Il y a des registres régulièrement tenus, mais l'acte qui aurait dû être rédigé sur ces registres a été omis* ; le demandeur sera-t-il admis à la preuve de l'article 46 ? Sur ce point la doctrine et la jurisprudence sont divisées :

Dans un premier système on soutient que l'article 46 est inapplicable à ce cas ; on fait observer qu'en autorisant ce mode de preuve exceptionnel on ouvrirait la porte à l'arbitraire qui finirait par se glisser insensiblement à la place de la loi. D'ailleurs, dit-on, si large que puisse être l'interprétation de l'article 46, il faut bien qu'il y ait un terme à cette extension, car alors, il vaudrait autant poser en principe que les actes de l'état civil pourront toujours indistinctement être prouvés tant par titres que par témoins. Il ne serait plus nécessaire de faire inscrire naissances, mariages, décès, etc. ; arriverait-il une contestation sur ces différents événements de la vie civile, on n'aurait qu'à soutenir qu'il y a eu omission et on s'ouvrirait à soi-même la preuve testimoniale. Assurément le législateur n'a pas voulu d'un tel état de choses ; il s'est donné la peine d'entourer la rédaction des actes de l'état civil de mille et mille précautions, d'une série de formalités relatées dans nombre de dispositions et il n'a pas voulu permettre aux parties de s'en passer à leur gré. Il a posé un principe, il y a mis, il est vrai, une exception dans l'article 46, mais il n'a pas voulu que ce principe disparût complètement sous cette exception et que l'exception devînt la règle. Sans doute, il y a des cas où la loi n'exige pas la représentation de l'acte inscrit. (Art. 197, 70, 71, 155 ; Avis du conseil d'État du 4 thermidor, an XIII, 30 mai 1808). Mais ce sont là des

hypothèses spéciales qui s'expliquent par des considérations autres que celles qui sont le fondement du principe général. Telles sont les raisons que font valoir les partisans de ce premier système. (Valette, t. I, p. 212 ; Duranton, *op. cit.*, t. I^{er}, n^o 247 ; Marcadé, t. I^{er}, p. 190, n^o 2 ; Demolombe, n^o 324).

Malgré cela, la plus grande partie de la doctrine et la jurisprudence admettent la preuve exceptionnelle de l'article 46 en cas d'omission, et voici les motifs qu'elles produisent à l'appui :

1^o On se fonde sur la jurisprudence ancienne : l'article 46, dit-on, ne fait que reproduire littéralement l'article 14 du titre XX de l'ordonnance de 1667 ; or, cet article 14, soit d'après ses commentateurs, soit d'après la jurisprudence, n'était ni exclusif ni limitatif ; — 2^o rationnellement du reste, rien ne s'oppose à ce que le cas d'omission tombe sous le coup de l'article 46 ; en effet, il s'agit au fond, de savoir si les omissions sont réparables et si elles peuvent être réparées au moyen de la preuve testimoniale ; — si oui, elles peuvent l'être à plus forte raison au moyen de la preuve par les registres et papiers domestiques qui est particulièrement vue avec faveur par la loi. Or, une omission est un simple fait, et c'est un principe, on le sait, que les faits peuvent être prouvés par tous les genres de preuve, les règles prohibitives ou du moins restrictives de la preuve testimoniale ne s'appliquant qu'aux droits.

Il est donc permis de poser comme règle la preuve de l'article 46 pour le cas d'omission. Cela est d'ailleurs assez naturel ; pourquoi, en effet, cette omission ne serait-

elle pas susceptible d'être réparée : elle n'est pas l'œuvre des parties ni dans un acte de naissance, ni dans un acte de décès, ni même dans un acte de mariage. C'est bien ainsi que les choses étaient considérées par notre vieille jurisprudence : on en a un exemple remarquable dans un arrêt du conseil d'Alsace du 2 décembre 1719, qui, sur les conclusions de l'avocat général Le Laboureur déclara que le défaut d'inscription sur les registres n'était pas une cause de nullité, que c'était une erreur de dire qu'il n'y eût que l'inscription sur le registre qui pût servir de preuve (voir : Code matrimonial, t. II, p. 784 : in-4°).

Cette doctrine n'a été nullement modifiée par le Code civil. La difficulté a été agitée au Conseil d'Etat et elle semble bien avoir été résolue dans le sens du système que nous développons. Voici ce qui fut dit à cet égard.

Le consul Cambacérès dit que le tribunal d'appel de Lyon a demandé si la preuve admise par cet article dans le cas de la non existence ou de la perte des registres, le serait également pour réparer l'omission des actes.

M. Thibaudeau répondit qu'il serait très dangereux que la loi prévît les cas de l'omission, et qu'il était plus convenable que les contestations auxquelles les omissions pourraient donner lieu, fussent portées devant les tribunaux qui y statueraient selon les circonstances.

Ces paroles doivent nous servir de guide dans l'interprétation de la loi, et ce sont elles qui sont suivies en effet par la plupart des commentateurs et par la jurisprudence de nos tribunaux. Elle nous enseignent la règle à

suivre, c'est-à-dire celle que nous venons de déterminer rationnellement, mais elles nous indiquent en même temps les limites qui doivent être apportées à cette règle. Le juge devra en effet procéder avec mesure avec elle et tenir compte des circonstances dans l'application qu'il sera appelé à en faire. Il ne suffit pas en effet qu'un individu vienne se prévaloir de l'omission d'un acte de l'état civil sur les registres pour qu'on lui permette d'avoir recours à cette preuve. Il faut de graves probabilités que le magistrat doit puiser tantôt dans les faits contestés, tantôt dans les écrits. Il devra prendre en considération la nature des faits ou des actes en présence desquels il se trouve et les exceptions qui peuvent être formulées expressément par la loi, et admettre ainsi ou refuser la preuve en question. Ainsi quand la loi ordonne de joindre tel genre de preuve ou le commencement de preuve par écrit à la preuve testimoniale, ou bien encore quand le caractère de l'acte résiste formellement à la possibilité d'une réparation, par exemple quand il s'agit d'une adoption, il devra bien se garder de permettre aux parties qui la demandent, de se servir de la preuve de l'article 46. (Voir : *except*, art. 194, 197, 198, 320, 323 ; Dall., J. G. *Acte de l'état civil*. 148, 159, V° en ce sens : Laurent, n° 51 ; Merlin, *Rép.* t. 7, V° *Légitimité* ; *Quest. de droit*, voir *Décès* ; Coin-Delisle, n° 46 et 49 ; Putel, t. 1, n° 215.)

La jurisprudence se range à cette opinion et de son côté, elle applique l'article 46 au cas d'omission.

Ainsi statue un arrêt de rejet du 12 mars 1807 qui décide que dans ce cas, des créanciers peuvent néanmoins être admis suivant les circonstances, à prouver

contre une femme que son mari (dont ils ne représentent pas l'acte de décès) est décédé, et qu'ainsi cette femme n'a pas eu besoin d'autorisation pour des actes qu'elle a passés, et dans lesquels elle a pris la qualité de veuve. (*Rép.*, Dall. *Act. de l'ét. civ.*, 150 ; voir égal. rej. 2 fév. 1809 ; *Rép.* 157 ; Cass., 22 déc. 1819, Riom, 14 mai 1817, *Rép.* 154 ; Caen, 22 fév. 1826, *ibid* 158 ; Req., 17 juin 1830, *ibid*, 161 ; Gand, 22 mai 1840, *ibid*, 152 ; Limoges, 26 juillet 1832, D., P. 2. 182).

**SECTION II. — Conditions auxquelles est subordonnée
l'admission de la preuve de l'article 46.**

Il ne suffit pas d'alléguer l'inexistence, la perte, la destruction, voire même l'omission d'un acte de l'état civil pour être admis à la preuve de l'article 46, il faut prouver préalablement les faits qui empêchent de représenter l'acte de l'état civil qui doit relater le fait de naissance, de mariage ou de décès que l'on invoque. — Par exemple, on ne pourra faire la preuve du décès d'un français à l'étranger si l'on ne prouve pas d'abord qu'il n'a point été tenu de registres dans le lieu du décès ou qu'ils ont été perdus. (Bordeaux, 5 janv. 1826, sous Civ. r. 12 août 1828, D. *Rép. Acte de l'état civ.*, 169 ; *Contr. de mar.* n° 1624 ; D. *Rép.*) Ce principe que l'on ne pourrait contester pour les actes de l'état civil rédigés en France, s'applique également à ceux qui sont rédigés en pays étranger. C'est ce qui ressort nettement des considérants d'un jugement récent du tribunal d'Annecy :

« Attendu, disent-ils, qu'il résulte des termes de l'art. 46 du Code civil que la preuve du décès ne peut être admise que tout autant qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils ont été perdus ; que c'est aux demandeurs en preuve d'établir qu'il n'y a pas eu de registres ou qu'ils ont été perdus ; que ce principe, qui ne saurait être contesté pour les actes de l'état civil rédigés en France, s'applique aussi à ceux qui sont rédigés à l'étranger conformément aux prescriptions des art. 47 et 48 du Code civil, que dans le cas où il serait allégué qu'il n'y a pas de registres dans le pays où se serait produit le décès, c'est à celui qui soutient ce fait à l'établir, puisqu'il est demandeur sur une exception et que le tribunal ne peut admettre une preuve qui déroge aux principes généraux de notre Code sur l'état civil que tout autant qu'il lui est démontré qu'il n'y a aucun autre moyen de se procurer l'état civil demandé ». (Trib. civ., 21 juillet 1887. Voir le journal le *Droit*).

C'est encore par application de la même règle qu'on déciderait et qu'on a décidé que lorsqu'il n'est pas prouvé que les registres ont été perdus, on ne peut prouver par le moyen de l'art. 46 l'existence d'un mariage, alors même que les époux auraient la possession d'état. (Art. 195).

Mais comment se fera cette preuve ? régulièrement on l'obtiendra par une déclaration du greffier et de l'officier de l'état civil constatant qu'on ne trouve de registres ni au greffe ni aux archives de la commune. Mais ce procédé ne s'impose nullement ; l'article 46 dit que la preuve se fera tant par *titres* que par *témoins*. Le sens du mot

titres est général : il comprend toutes sortes d'écrits qui constatent la perte, la non-existence ou la mauvaise tenue des registres, par exemple des décisions de l'autorité administrative sur ce fait, les demandes d'actes non inscrits à une époque contemporaine par d'autres parties ou par le ministère public, les registres eux-mêmes quand les magistrats en ordonnent l'apport pour les vérifier. Rien ne s'opposerait à ce qu'on y fasse également entrer les registres et papiers domestiques s'ils constataient d'une façon évidente et hors de contestation l'inexistence de registres de l'état civil à une certaine époque ; mais il faut avouer que c'est là une hypothèse plus théorique que pratique, et nous reconnaissons qu'ici les papiers domestiques ne jouent pas de rôle sérieusement efficace ; ils viendront quelquefois peut-être corroborer une autre preuve, lui donner plus de force et de vraisemblance, mais là se bornera leur fonction.

La loi parle, on le voit, de la preuve par titres et par témoins : a-t-elle voulu le cumul de ces deux preuves ?

D'après l'opinion générale, il n'est pas nécessaire de cumuler ces deux preuves ; l'une ou l'autre suffit (Trèves, 19 janvier 1807. Sic., Toullier, t. I, n° 348 ; Delvincourt, note 3, p. 35 ; Duranton, t. I, n° 394 ; Descloseaux, n° 101. Il serait absurde de donner une interprétation différente de l'article 46. Car comment concevoir que la preuve par témoins ne suffise pas sans la preuve par titres, mais encore que la preuve par titres ne suffise pas sans la preuve par témoins ! Ainsi supposons que des feuilles des registres aient été lacérées : est-ce qu'un procès-verbal judiciaire et contradictoire ne peut pas suffire, faudra-t-il encore

corroborer la preuve par une enquête testimoniale ? personne ne songe à une pareille exigence. Par conséquent, si l'on est obligé de convenir que la preuve par titres dispense de la preuve testimoniale, on est bien également obligé si l'on veut être logique, d'admettre que la preuve testimoniale dispense de la preuve par titres.

Quand le juge permet de prouver l'inexistence ou la perte des registres, il est bien entendu que c'est sous la réserve de la *preuve contraire*. La loi ne dit rien, mais l'ordonnance de 1667 le disait formellement, ainsi que le premier projet du Code. (Toullier, t. I, n° 248 ; Rieff, p. 242). On peut expliquer le silence du Code à cet égard par ce fait que la preuve contraire est de droit, lorsqu'il y a une partie en cause et que d'ailleurs lorsqu'il n'y en a pas, ces jugements ne peuvent être opposés aux intéressés qui n'y auront pas été appelés. (C. Proc. 256. Av., C. d'État, 8 brumaire an XI, approuvé, le 12).

SECTION III. — Manières dont cette preuve doit être faite.

Le fait qui occasionne le défaut de représentation des registres de l'état civil est prouvé. Il reste maintenant à faire la preuve du fait qui devait être relaté dans ces registres et que l'on invoque, par exemple d'une naissance, d'un mariage, d'un décès, etc. Comment fera-t-on cette preuve ? On la fera au moyen ou de la preuve testimoniale, ou de la preuve littérale, et cette preuve littérale offre ce caractère particulier qu'elle doit résulter

aux termes mêmes de l'article 46 « des registres et papiers domestiques émanés des père et mère décédés. » Si claires et si précises que paraissent être ces expressions, on est loin cependant de s'entendre sur leur exacte signification. Les uns prétendent qu'elles ont une portée générale, que la disposition de l'article 46 est à cet égard simplement énonciative, et que par conséquent la preuve littérale peut résulter d'écrits autres que les papiers domestiques. D'autres, au contraire, s'en tenant à la lettre de l'article 46, soutiennent que cette disposition doit être considérée comme restrictive. Les termes précis qu'emploie la loi ne permettent pas à l'interprète d'admettre des écrits autres que des papiers domestiques. Les travaux préparatoires du Code civil, ajoute-t-on, montrent que telle a été l'intention du législateur. Le projet de l'article 46 en effet avait été communiqué au Tribunal ainsi rédigé :

« Lorsqu'il n'aura pas existé de registres ou qu'ils seront perdus, la preuve en sera reçue tant par titres que par témoins. »

Le Tribunal proposa de substituer à cette rédaction la formule suivante :

« Si les registres sont perdus ou qu'il n'y en ait jamais eu, la preuve en est reçue tant par titres que par témoins ; et en l'un comme en l'autre cas, les mariages, naissances et décès seront prouvés tant par les registres et papiers domestiques ou autres *écritures publiques et privées* que par témoins. »

Mais le Conseil d'Etat retrancha les derniers mots de cet amendement « *ou autres écritures publiques et privées.* »

Qu'est-ce à dire ? Le Conseil d'Etat en supprimant ces derniers mots ajoutés par le Tribunal au texte primitif, n'a-t-il pas manifesté l'intention de restreindre le sens des expressions en question ?

Quant à nous, nous ne pensons pas que l'on soit autorisé à tirer de cette suppression un argument à *contrario* pour écarter tous autres titres que des papiers domestiques. Si telle avait été l'intention du Conseil d'Etat, il en aurait au moins donné le motif : or nous ne trouvons aucune trace de discussion à cet égard dans le récit officiel des séances. Il est donc plus exact de penser que la section de législation du Conseil d'Etat, en modifiant la formule du Tribunal a obéi à un motif d'ordre purement secondaire : peut-être a-t-elle pensé que les expressions « ou autres écritures privées » étant déjà contenues dans les mots papiers domestiques, étaient inutiles. Telle paraît être l'opinion de Merlin :

« La seule chose, dit-il, que nous puissions affirmer d'après le procès-verbal, c'est que l'article 46 lors de sa rédaction définitive telle qu'elle était présentée par la section de législation après la communication qui en avait été faite au Tribunal n'a éprouvé aucune discussion au Conseil d'Etat et qu'il ne paraît pas même qu'il y ait été fait mention de l'addition que le Tribunal avait proposée. »

Ajoutons, du reste, que quand bien même le Conseil d'Etat aurait eu l'intention de restreindre la preuve littéraire aux papiers domestiques, la simple suppression des mots en question n'eût pas été suffisante. Il eût fallu une disposition formelle dérogeant à l'ancienne interpré-

tation de l'article 14 de l'ordonnance de 1667. Ce texte était, en effet, sous le rapport qui nous occupe, entièrement semblable à notre article 46. Or voici comment Rodier, le commentateur de l'ordonnance, l'interprétait :

« Les registres et papiers domestiques des père et mère sont-ils les seuls titres ?

« Il faut convenir que ce sont les meilleurs et quoique ce ne soient que des notes privées, on doit y ajouter beaucoup de foi ; mais ce ne sont pas les seuls titres qu'on puisse employer, il peut y en avoir d'autres publics ou privés qui peuvent concourir à cette preuve. »

Il n'y a aucune raison d'entendre autrement l'article 46. La solution donnée par Rodier doit être la nôtre aujourd'hui ; elle s'impose même à nous ; du moment que le Code admet la preuve testimoniale et par conséquent les présomptions de l'homme, il doit admettre la preuve par écrit, quelle qu'elle soit d'ailleurs. Remarquons, en outre, qu'aujourd'hui le doute ne se comprend plus. La loi du 12 février 1872, qui a été présentée comme une application de l'article 46, ne fait aucune difficulté pour admettre tous les écrits publics ou privés. La question nous semble donc tranchée législativement.

Aussi la doctrine que nous combattons, soutenue aujourd'hui par quelques rares auteurs (1), et consacrée par quelques rares arrêts, est-elle définitivement abandonnée. La jurisprudence comme la doctrine est nettement fixée dans le sens que nous indiquons, et on est

1. Rieff, n° 76.

d'accord pour admettre toute espèce d'actes authentiques ou privés, contrats ou publications de mariage, inventaires, partages, délibérations de conseils de famille, décisions de l'administration, enfin toute preuve écrite faisant foi en justice du fait allégué. Le législateur, en indiquant spécialement dans l'article 46 les registres et papiers domestiques, a voulu uniquement montrer le genre de preuve qu'il préfère, mais il n'a pas entendu par là le restreindre à ces seuls registres et papiers domestiques. (Locré, *Lég.* III, p. 180 et 181 ; Merlin, *Rép.* V^o *Etat civil* sur l'art. 46 § 2, n^o 3 ; Demolombe, I, 325 ; Aubry et Rau, I, § 64 ; Laurent, t. II, art. 46 ; Marcadé sur l'art. 46, n^o 4 ; Delvincourt, I, p. 35 et la note p. 52 ; Mersier, p. 483. — Req. rej. 8 nov. 1820. Sir. 21, 1. 402. — Arr. 10 juin 1833.)

D'après les termes de l'article 46, le décès des père et mère semble être une condition nécessairement requise pour que les papiers et registres émanés d'eux puissent être produits. Disons-nous que le mot décédé qui se trouve dans notre article est comme ceux qui le précèdent, purement énonciatif ? Il semble que nous devons répondre ici affirmativement, puisque nous venons d'établir que toute espèce de document écrit peut servir de preuve. Cependant Jousse, dans son commentaire de l'ordonnance de 1667, l'entend différemment ; il prend le mot à la lettre et l'interprète ainsi :

« Et par conséquent si les père et mère sont encore vivants, leurs papiers domestiques ne font point preuve : autrement il pourrait arriver tous les jours qu'un père pourrait préjudicier à un enfant pour en avantager un

autre qu'il aimerait par préférence, en mettant sur son registre ce que bon lui semblerait. »

Nous sommes assez portés à admettre la solution de Jousse, mais non pas d'une façon absolue. Le législateur n'a pu viser, en effet, dans l'article 46, que la seule hypothèse où les père et mère ne prennent aucune part à la lutte et semblent par leur silence favoriser l'enfant : il craint entre lui et ses parents une collusion frauduleuse, grâce à laquelle des fragments de registres ou de lettres antidatées formeraient des preuves fabriquées pour les besoins de la cause : c'est cette collusion qu'il a sagement prévenue et qu'il a voulu éviter en ordonnant que, dans de pareilles circonstances, les papiers domestiques ne pussent faire preuve que dans le cas de décès des personnes dont ils émanent. — Mais si le père et la mère étaient eux-mêmes les adversaires sérieux de l'enfant, ce serait aller contre l'esprit de la loi que de repousser les papiers émanés d'eux et dans lesquels se trouveraient des indices certains à l'appui d'une réclamation d'état par exemple.

Y a-t-il en effet quelque chose à reprocher à une semblable preuve ? — N'est-elle pas, au contraire, la plus forte qu'on puisse fournir ? — Tout ce qui paraît donc résulter de l'article 46 à cet égard, c'est qu'il ne suppose pas un procès entre l'enfant et ses parents et qu'il se défie dès lors de la collusion frauduleuse qui peut exister entre l'enfant et ses père et mère, si ces derniers sont vivants. En somme, la loi adresse plutôt un avertissement, une recommandation aux tribunaux qu'une prohibition et une défense.

La loi ne parle pas seulement dans l'article 46 de la preuve spéciale par les registres et papiers domestiques émanés des père et mère décédés dont nous venons de déterminer les caractères, elle parle encore de la preuve testimoniale; a-t-elle entendu exiger d'une façon cumulative ces deux genres de preuves? Le langage de l'orateur du gouvernement semble autoriser à croire que telle a été sa pensée, que le concours des registres et papiers émanés des père et mère décédés est toujours absolument nécessaire pour que la preuve testimoniale puisse être admise. Mais on admet cependant généralement le contraire : on fait remarquer que le texte même de l'article 46 résiste à une pareille interprétation ; que le membre de phrase qui se trouve, en effet, à la fin de cet article, « tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins », est parfaitement semblable quant à la forme à celui qui se trouve au commencement du texte : « tant par titres que par témoins » et qui vise la preuve de l'inexistence ou de la perte des registres ; or, nous avons vu précédemment, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à cet égard, que quant à l'inexistence ou à la perte des registres de l'état-civil, on n'exigeait pas ces deux preuves cumulativement. Donc, s'il en est ainsi, pourquoi donner une solution inverse pour la preuve des faits que devaient relater les registres inexistants ou perdus? On n'en voit guère de raison. N'est-ce pas, d'ailleurs, se conformer au principe de l'article 1348, d'après lequel la preuve testimoniale toute nue est admise toutes les fois qu'il a été impossible de se procurer une preuve par écrit? N'est-ce pas notre cas ici? Et

puis, quand bien même il eût été parfaitement possible de se procurer une preuve par écrit, rien ne ferait obstacle à l'admission la preuve testimoniale indépendamment de tout commencement de preuve par écrit. Le principe général, en effet, qui exige la passation d'un écrit, ne s'applique qu'aux obligations, là se borne son domaine d'application ; les simples faits, et parmi eux se rangent précisément les faits dont nous parlons, naissance, décès, mariage, échappent à son empire. On peut prouver leur existence par n'importe quelle preuve ; il n'est nullement nécessaire de recourir à un écrit ; toutes les fois donc que la loi n'interdit pas spécialement la preuve testimoniale seule, il n'est pas permis à l'interprète de se montrer plus exigeant qu'elle. Or, l'article 46 vient-il contredire cette proposition ? Nullement ; il se contente de recommander une preuve spéciale comme étant la meilleure, la preuve par les papiers émanés des père et mère décédés, mais il n'entend nullement l'imposer et les tribunaux sont libres de s'en rapporter uniquement à la preuve testimoniale si elle leur paraît satisfaisante. Le législateur n'a pas pu prévoir toutes les circonstances plus ou moins délicates en présence desquelles peut se trouver le juge : il préfère les abandonner à son tact et à sa sagesse. Est-ce à dire pourtant que la libre appréciation du juge soit illimitée ? Non ; elle s'arrête uniquement aux faits qui sont d'une façon directe et absolue dans le domaine de l'article 46. Tous les faits qui doivent être régulièrement inscrits dans les registres de l'état-civil ne sont donc pas susceptibles d'être prouvés au moyen de la preuve exceptionnelle que nous venons d'étudier ? C'est ce que

nous allons maintenant rechercher en essayant de délimiter l'article 46.

SECTION IV. — Domaine d'application de l'article 46.

C'est au point de vue seulement des registres et papiers domestiques que nous avons à nous demander quel est exactement le domaine d'application de l'article 46 ; nous laissons de côté les discussions concernant la preuve testimoniale, celle-ci n'entrant qu'accidentellement dans le cadre de notre étude. Ce sont les registres et papiers domestiques qui sont, d'ailleurs, au premier plan d'après l'intention du législateur, et ils constituent, nous venons de le voir, une preuve complète, une preuve qui n'a besoin d'être corroborée par aucune autre, qui se suffit à elle-même. Mais les tribunaux doivent-ils cependant admettre toujours cette preuve, quels que soient le caractère et le but de la réclamation formée devant eux ; en d'autres termes, l'article 46 qui donne une force probante entière aux registres et papiers domestiques, toutes les fois qu'il y a perte ou inexistence des registres de l'état-civil, a-t-il une portée absolue, s'étend-il à tous les faits qui appartiennent à l'état-civil ?

L'article 46 parle formellement des trois actes de l'état-civil les plus importants, la naissance, le mariage et le décès ; il semble donc bien, que ces trois actes soient régis d'une façon absolue par lui et qu'ils puissent, par conséquent, être prouvés au moyen des registres domestiques, comme ils pourraient l'être au moyen de la

preuve par témoins. La question fait pourtant difficulté en ce qui concerne la naissance, et nous aurons à rechercher si elle tombe d'une façon absolue sous le coup de l'article 46. Mais demandons-nous auparavant si cet article a entendu exclure par son silence les autres actes de l'état-civil tels que le divorce et l'adoption ? La question ne fait pas difficulté ; nul doute que ces deux actes ne tombent sous son application. L'article 46, bien que n'ayant parlé que de la naissance, du mariage ou du décès est applicable à tous les actes qui auraient pu être inscrits sur les registres de l'état-civil. Or, le divorce et l'adoption devant être constatés dans ces registres, rien n'est plus naturel que de les faire tomber sous le coup de l'article 46, et, de fait il peut y avoir des circonstances où l'application de cette disposition peut offrir un certain intérêt. On sait, par exemple, que l'adoption doit, aux termes de l'article 359, être inscrite dans les trois mois de l'arrêt qui l'a prononcée, sous peine de nullité. Eh bien, supposons que ces registres n'aient pas été tenus et que les parties justifiasent de diligences inutilement faites soit au moyen de la preuve par témoins, soit au moyen de documents écrits offrant le caractère de ceux indiqués par l'article 46, ces parties ne devraient pas encourir la déchéance prononcée par la loi (Merlin, *Répert.*, t. XVI ; V^o *État-civil*, § 2, n^o 2).

Le domaine de l'article 46 serait donc illimité ? En règle générale, cela ne fait point de doute, on est d'accord pour reconnaître que lorsqu'il s'agit de prouver un décès ou un mariage la preuve en question est admissible. Le décès sera prouvé, et non seulement le décès, mais les

conséquences normales qu'il entraîne, l'individualité de la personne décédée et l'ouverture légale de tous les droits qui en dépendent. On reconnaît également que le mariage sera prouvé avec tous ses effets réels, la légitimité des époux et des enfants (art. 194, 196. Toullier, II. n° 204).

C'est sur l'acte de naissance que se porte la difficulté, bien que l'article 46 le cite formellement. La doctrine se divise en effet sur ce point : les uns se fondant sur les articles 323, 324 et 341 qui établissent une preuve spéciale et différente en matière de filiation légitime et de filiation naturelle prétendent que la preuve de l'article 46 ne peut pas être admise d'une façon absolue pour le fait de naissance. Les autres prétendent au contraire que l'article 46 est général, qu'en régissant le fait de naissance, il régit par cela même la filiation qui est nécessairement comprise dans ce fait. Nous n'avons pas pour le moment à résoudre cette question qui est fortement controversée ; nous essaierons dans le chapitre suivant d'en donner la solution en essayant de rechercher quel est le caractère de la preuve par les registres et papiers domestiques en matière de filiation, Contentons-nous dès à présent de tenir pour certain que l'article 46 est la règle générale, et que toutes les fois par conséquent qu'il n'y a pas une disposition législative y dérogeant expressément, on n'est nullement fondé à s'en départir, et le juge peut à son gré en faire l'application si les circonstances de la cause semblent le lui permettre.

CHAPITRE II

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES EN MATIÈRE DE FILLIATION

En principe, on ne peut faire la preuve de sa filiation qu'au moyen d'un titre authentique. Ce titre varie suivant qu'on se trouve en matière de filiation légitime ou de filiation naturelle. Un enfant veut-il justifier de sa qualité d'enfant légitime, il n'a qu'à présenter son acte de naissance inscrit dans les registres de l'état civil (art. 319) et il prouve ainsi sa filiation maternelle et comme la loi conclut de la maternité de la femme à la paternité de son mari, cet enfant établit par là même sa filiation par rapport à son père : en un mot il fait la preuve de sa filiation légitime. Il faut supposer bien entendu, pour que la filiation légitime puisse résulter de cet acte de naissance, la preuve préalable de deux faits : le mariage de la femme dont cet enfant prétend être le fils, ce que l'on prouvera en rapportant l'acte de célébration du mariage; la conception ou au moins la naissance de l'enfant pendant le mariage qui se prouve, on le sait, au moyen d'une présomption fixée par la loi. Ne se trouve-t-on pas au contraire dans les conditions nécessaires pour se prétendre enfant légitime, on peut établir sa filiation naturelle soit par rapport à son père, soit par rapport à sa mère, en présentant une déclaration de paternité ou de

maternité faites dans les formes authentiques, ce que l'on appelle un acte de reconnaissance. Un acte authentique, voilà donc le mode de preuve régulier et normal de la filiation.

Mais il peut arriver que ce mode de preuve fasse défaut pour une cause ou pour une autre ; alors la loi vient au secours de ceux qui en sont dépourvus et qui prétendent pouvoir établir leur filiation. Elle autorise celui qui se dit enfant légitime à démontrer qu'il a été traité comme tel par ceux dont il se prétend le fils ; elle lui ouvre en un mot le moyen de la possession d'état d'enfant légitime, art. 320. Elle se montre plus exigeante pour l'enfant naturel : elle ne lui permet pas de se servir à défaut titre de la possession d'état qu'elle considère ici, comme dangereuse. Elle lui permet cependant de poursuivre la recherche de sa maternité en justice, mais elle lui interdit formellement la recherche de sa paternité, art. 340.

— Mais quels moyens sont fournis à celui qui se prétend enfant légitime et qui n'a ni titre, ni possession d'état, à celui qui invoque sa filiation naturelle et qui n'a pas de titre ? La loi permet au premier, de se servir de la preuve testimoniale, à condition qu'elle s'appuie, soit sur des présomptions graves, précises et concordantes, soit sur un commencement de preuve par écrit qui doit résulter des titres de familles, registres, papiers domestiques et autres actes privés, art. 323, 324 ; elle n'autorise le second à user, de la preuve par témoins que tout autant qu'il y a un commencement de preuve par écrit, et elle n'indique pas, comme en cas de filiation légitime les caractères de ce commencement de preuve par écrit. art. 341.

Les registres et papiers domestiques ne jouent donc plus en matière de filiation, le rôle que nous leur avons assigné en matière d'actes de l'état civil toutes les fois qu'il y a perte ou inexistence de registres? — La preuve complète qu'ils font d'après l'article 46 s'amoindrit, passe au second plan : cette preuve ne constitue plus ici qu'un commencement de preuve par écrit ; peut-être même qu'elle ne joue aucun rôle quand il s'agit de la recherche de la maternité, puisque l'article 341 de nous en parle pas ? Le domaine d'application de l'article 46 ne s'étend donc pas à la filiation ? Les dispositions spéciales que nous venons de signaler, régissent en cette matière les cas prévus par l'article 46 ? Un enfant qui se trouve par suite d'un événement indépendant de sa volonté, de représenter son acte de naissance ou de reconnaissance ne peut donc pas faire la preuve de sa filiation légitime ou naturelle au moyen de registres et papiers domestiques, ou de la preuve testimoniale toute nue ? Ce sont là, en effet, les conclusions auxquelles aboutissent certains jurisconsultes qui cherchent cependant à montrer par des raisons plus ou moins spécieuses qu'il n'y a point opposition entre les art. 323, 324, 341 et l'article 46. Pour eux, l'article 46 autorise seulement la preuve de la naissance, mais non pas celle de la filiation légitime ou naturelle. Le fait *absolu*, qu'un tel est né tel jour ou à telle heure, etc., est uniquement autorisé par cet article ; mais le fait *relatif* qu'il est né d'un tel ou d'une telle, mariés ou non mariés ne tombe nullement sous le coup de l'article 46. Dès que la contestation a pour objet ce fait relatif, dès que la demande de l'enfant prend ce carac-

tère, elle sort du domaine de l'article 46, pour entrer dans celui des articles 323, 324, 341 et conséquemment la preuve que cet enfant doit employer à l'appui de sa réclamation pour la faire triompher en justice, change de nature; mais quant aux conditions qui sont requises pour l'admission de la preuve en question, l'article 46 continue toujours à subsister ces deux dispositions se complétant l'une par l'autre, à cet égard. Cette exigence de la loi s'explique, dit-on, d'ailleurs rationnellement : le législateur a le droit et le devoir de se montrer plus sévère dans une matière aussi délicate que l'est la filiation, dans laquelle toutes les fraudes les plus imprévues sont à craindre : rien de plus naturel qu'il emploie tous les moyens pour les déjouer ou pour les prévenir, et qu'il restreigne les pouvoirs du juge. Cette défiance du législateur se trahit du reste en plusieurs endroits dans le titre de la filiation, il y a donc complète harmonie dans nos dispositions législatives sur ce point. (Voir en ce sens, Marcadé, éd. 1884, t. I, p. 208; Devinçourt, t. I, p. 32, n° 6; Toullier, t. I, n° 347, t. II, n° 885; Zachariæ, t. I, p. 147; Coin-Delisle, art. 46, nos 8 et 20; Richelot, t. I, n° 213; Duranton, t. I, n° 295; Demante, t. I, p. 165;

Quoi qu'il en soit, nous n'admettons pas cette manière de voir. Suivant nous, l'article 46 est général et absolu dans ses termes. Qu'a-t-il voulu en effet? il a voulu qu'il fût possible de remédier complètement à l'inexistence ou à la perte des registres, en permettant aux parties de remplacer par une preuve spéciale et exceptionnelle la preuve générale et ordinaire que des accidents fortuits

les mettent dans l'impossibilité de représenter. Il a voulu que les parties intéressées auxquelles, en définitive, on ne peut adresser aucun reproche de négligence, ne fussent pas victimes de ces accidents et de cette impossibilité. Il n'a pas voulu leur enlever le bénéfice de cette indulgence, quand il s'agirait d'établir la filiation. — L'article 46, dit-on, ne s'applique qu'à l'acte de naissance en tant que destiné à constater qu'un individu est né et à conserver la preuve de son individualité, de sa nationalité, de son âge, etc.; l'acte de naissance en tant qu'établissant la famille à laquelle il se rattache, échappe à son application. — Mais cette distinction entre le fait absolu et le fait relatif n'existe nulle part dans la loi. On ne peut pas dans l'article 46, limiter le sens du mot naissance, il ne signifie pas seulement certaines circonstances de la naissance, il a une portée tout à fait générale, il signifie la naissance elle-même avec toutes ses conséquences, la naissance telle qu'elle aurait pu être prouvée suivant les cas, par l'acte de l'état civil, s'il pouvait être représenté, c'est-à-dire avec la preuve de la filiation légitime dans le cas de l'article 319, et avec ou sans preuve de la filiation naturelle, suivant que le père ou la mère avaient ou n'avaient pas eux-mêmes reconnu l'enfant. (Art. 62, 334).

Mais comment expliquer alors les articles 323, 324 et 344 qui nous fournissent une preuve différente? — Nous répondons que ces articles prévoient des hypothèses bien différentes que celles qui sont visées par l'article 46. — Quelle est en effet l'idée dominante de l'article 46? C'est l'absence de registres ou d'actes de l'état civil par suite

d'un cas fortuit qu'il n'a pas dépendu aux parties d'empêcher. Ce fait rend beaucoup plus admissibles les prétentions du demandeur. Il serait dès lors injuste de le rendre victime d'un de ces accidents de force majeure et de le laisser privé de son état, sans aucun moyen de suppléer à la preuve qui manque sans sa faute. Cela est du reste conforme au droit commun, art. 1348.

Il ne faut pas s'exagérer d'ailleurs les dangers de cette indulgence, puisque la question sera livrée non pas à l'appréciation des tribunaux criminels, mais bien à celle des tribunaux civils qui se montreront en général difficiles pour l'admission des moyens invoqués et ne feront droit aux réclamations des parties qu'après avoir minutieusement examiné ces registres domestiques, et après s'être livrés à une appréciation approfondie des circonstances en présence desquelles ils se trouvent.

Toute autre est l'hypothèse prévue par les articles 323, 324 et 341 ; ils supposent les registres existants, régulièrement tenus et par suite une demande qui est en quelque sorte contredite par ce registre. C'est par exemple un individu sans possession d'état et sans acte de naissance ou inscrit soit sous un faux nom, soit comme né de père et mère inconnus qui invoque la qualité d'enfant légitime : rien ne recommande, rien n'explique cette prétention ; — ou bien c'est un individu qui en présence de registres régulièrement tenus, prétend avoir été reconnu par telle femme, *Sic* : Valette sur Proudhon, t. II, p. 102 ; Demante, n° 91 *bis* ; Ducaurroy, Bonnier et Rostan, t. I, n° 460 ; Demol., t. I, n° 326 ; Bertault, *Quest. et encycl. préjud.*, n° 23. C'est dans ces cas seulement,

c'est-à-dire dans les cas où les parties ne peuvent arguer de l'impossibilité de se procurer leur acte de naissance, que la loi se montre plus sévère et que la preuve par les registres et papiers domestiques ne peut être admise *de plano* comme preuve complète, telle qu'elle nous est présentée par l'article 46. — En un mot toutes les fois que l'on se trouve dans l'un des cas prévus par l'article 46, c'est-à-dire toutes les fois que l'établissement de la filiation que l'on poursuit se rattache à la perte ou à l'inexistence des registres de l'état civil, la preuve par les papiers domestiques est admise comme preuve complète, et la preuve testimoniale peut également être employée indépendamment de tout commencement de preuve par écrit. S'agit-il au contraire d'une réclamation de filiation considérée isolément, on applique alors les dispositions spéciales qui se trouvent dans le titre de la filiation. Dans quels cas exactement fonctionnent les modes de preuves prévus par ces dispositions, quels sont au juste les caractères de ces modes de preuve, nous allons examiner successivement ces deux points en matière de filiation légitime et de filiation naturelle.

SECTION I. — Filiation légitime.

Le mode de preuve déterminé par les articles 323 et 324 est admissible dans trois cas :

1° Quand l'enfant a une possession d'état sans titre (art. 322, al. 1). L'enfant peut alors soutenir que la filiation qui lui est attribuée par sa possession d'état n'est

pas conforme à la vérité, et prouver sa véritable filiation au moyen de la preuve admise par les articles 323 et 324.

2^o Quand il a un titre sans possession d'état. L'enfant peut encore employer le mode de preuve en question pour prouver sa véritable filiation, après avoir démontré au préalable « qu'il a été inscrit soit *sous de faux noms*, soit *comme né de père et mère inconnus* ».

Sous de faux noms. La loi prévoit ici soit l'inscription sous des noms imaginaires, soit l'inscription sous des noms de personnes déterminées que l'enfant ne reconnaît pas comme ses père et mère véritables.

Comme né de père et mère inconnus. En pareil cas l'acte de naissance de l'enfant n'indique en réalité aucune filiation.

3^o Quand l'enfant a un titre qui est en contradiction avec sa possession d'état. Dans ce cas l'enfant a sans doute jusqu'à preuve contraire la filiation que lui donne son titre, mais il peut prouver que la filiation qui lui est attribuée par son titre est mensongère et employer la preuve déterminée par les articles 323 et 324 pour établir sa véritable filiation.

Telles sont les trois hypothèses dans lesquelles fonctionnent les articles 323 et 324. Ici on se trouve en dehors de l'article 46 : il n'y a pas besoin de faire la preuve préalable de la cause qui empêche de rapporter un titre ; la preuve testimoniale et la preuve par les papiers domestiques ne peuvent être admises chacune isolément. Il faut, pour que la preuve testimoniale soit admise, que la prétention du réclamant soit rendue vraisemblable par

des présomptions ou indices graves résultant de faits dès lors constants, ou bien il faut qu'un commencement de preuve par écrit résultant des registres et papiers domestiques vienne se joindre à la preuve testimoniale pour la rendre admissible. Voilà les moyens qui sont fournis par la loi à l'enfant pour prouver l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère et son identité avec l'enfant dont elle est accouchée, en un mot pour la preuve de sa filiation maternelle.

Cette preuve de l'article 324 est une dérogation au droit commun d'après lequel le réclamant aurait dû être admis *de plano* et sans aucun adminicule à la preuve testimoniale (1344, 1348). Mais remarquons que ce commencement de preuve par écrit est lui-même une dérogation au droit commun ; d'après les principes généraux, en effet, tout commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente (art. 1347). Or ici, les registres et papiers de famille admis comme commencement de preuve par écrit peuvent pour être produits valablement en justice émaner même d'une autre partie que la partie adverse. Une seule condition est exigée : il faut que la personne dont ces actes émanent, eût au moins intérêt dans la contestation si elle eût été vivante : par exemple il s'agit de papiers émanant d'un fils antérieurement décédé des époux que le réclamant prétend avoir pour père ou pour mère. A ce point de vue, la disposition de l'article 324 est certainement limitative. Ainsi on ne saurait admettre comme commencement de preuve par écrit un acte émané d'une personne étrangère à la famille et sans

intérêt dans la contestation. Il faut observer cependant que l'article 324 se montre plus large que l'article 46 : il permet en effet de recourir aux papiers de toute personne, tandis que l'article 46 ne permet de recourir qu'aux papiers de père et mère décédés. Cette différence s'explique par cette considération qu'ici les papiers de famille ont une force moins grande que dans les cas prévus par l'article 46 d'après lequel ils font preuve entière.

Les lettres missives sont-elles comprises parmi les registres et papiers domestiques et peuvent-elles servir de commencement de preuve par écrit dans les cas soumis à l'article 324?

Marcadé invoquant les termes de l'article 324 et s'attachant au sens rigoureux des mots actes privés ne trouve pas dans une simple lettre le caractère soit d'un papier domestique du père ou de la mère, soit d'un titre de famille, soit d'un acte : partant les simples lettres missives ne peuvent servir selon lui de commencement de preuve par écrit.

Demolombe et Aubry et Rau ne partagent pas cette opinion. Nous croyons avec eux que c'est donner aux expressions employées par l'article 324 une interprétation trop restrictive. Nous ne voyons pas d'ailleurs de raison pour qu'on n'attribue pas à une lettre émanée du père ou de la mère la même force probante qu'à ces registres ou papiers, qu'à ces actes privés dont parle l'article 324. Du moment que la loi admet les registres domestiques, un simple cahier par exemple sur lequel le père ou la mère aurait constaté le paiement des mois de

nourrice ou des quartiers de pension, nous n'apercevons pas pourquoi on repousserait les lettres que la mère aurait adressées à la sage-femme, à la nourrice, à l'instituteur ou à l'enfant lui-même. Nous avons eu d'ailleurs déjà l'occasion de le dire au début de notre étude : les mots registres et papiers domestiques sont des termes très généraux, tellement compréhensifs qu'ils permettent au juge de considérer comme tels non seulement des feuilles reliées ensemble, ce qui constitue à proprement parler un registre, mais encore des feuilles séparées : le juge dans l'appréciation qu'il est appelé à faire, doit tenir compte et des habitudes de la personne dont ces écrits émanent et des circonstances de la cause. Ici les lettres semblent être comprises naturellement dans les papiers de famille et ce sont bien elles du reste en matière d'état, particulièrement en matière de filiation, qui joueront de fait presque toujours le plus grand rôle.

SECTION II. — Filiation naturelle.

La recherche de la paternité naturelle étant formellement interdite, nous n'avons à traiter ici la question qui nous occupe qu'au point de vue de la recherche de la maternité.

L'enfant qui recherche la maternité doit prouver :
1^o l'accouchement de la femme dont il se dit issu ;
2^o son identité avec l'enfant dont elle est accouchée.

Comment fera-t-il cette double preuve s'il n'a pas de titre ? Deux hypothèses peuvent se présenter : 1^o l'enfant se trouve dans l'impossibilité de représenter son acte de reconnaissance par suite de la perte ou de la destruction des registres de l'état civil qui le contenaient. Nous n'avons pas à nous occuper de ce cas. Comme nous l'avons démontré plus haut, il tombe sous le coup de l'article 46 : l'enfant pourra donc employer les moyens indiqués par cet article ; il pourrait même les employer à l'effet d'établir que les registres dont il invoque la perte ou la destruction contenaient en sa faveur la reconnaissance de son père. En réalité, il n'y a pas ici recherche de filiation ;

2^o. Cet enfant n'a pas de titre par la raison bien simple qu'il n'a jamais été reconnu. C'est dans cette hypothèse seule que fonctionne l'article 341 : car il y a ici recherche directe de la maternité. Mais comment se fait cette preuve ? Au moyen de la preuve testimoniale appuyée sur un commencement de preuve par écrit.

De quoi résulte ce commencement de preuve par écrit ? Est-ce des papiers domestiques comme en cas de filiation légitime ? L'article 341 ne nous dit pas en quoi il doit consister. Aussi éprouve-t-on des doutes sérieux à cet égard. Plusieurs auteurs concluent de ce silence que le législateur a entendu s'en référer à cet égard au droit commun d'après lequel le commencement de preuve par écrit doit émaner de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente (art. 1347), et ils prétendent qu'il avait le droit de se montrer plus sévère sur ce point en matière de filiation naturelle qu'en matière

de filiation légitime, car en donnant la même latitude aux enfants nés hors mariage, « on exposerait la femme à craindre une action flétrissante pendant tout le cours de sa vie. » Ce système est suivi par la majorité des auteurs. Aubry et Rau, § 570, t. VI, p. 204 ; Demol., t. V, n° 503 ; Bonnier, n° 145 ; Ducaurroy, t. I, n° 500 ; Cass., 21 mai 1810.

D'après d'autres jurisconsultes au contraire, et nous partageons leur opinion, l'article 1347 n'est pas applicable. L'enfant qui réclame une filiation n'est pas en faute de n'avoir pas en sa possession un titre constatant son état. L'écrit a pour but ici de rendre vraisemblable un fait allégué. C'est par dérogation aux principes que l'article 324 a exigé un commencement de preuve par écrit. L'article 1347 au contraire est la sanction de cette règle que le créancier doit avoir un titre constatant la convention ; il le doit parce qu'il le peut. De plus les filles mères étant le plus souvent illettrées, on rendrait souvent impossible aux enfants les recherches de maternité si l'on exigeait un commencement de preuve par écrit émanant de la mère elle-même. L'article 341 n'a donc pas entendu déroger à l'article 324, c'est cette dernière disposition qu'il faut suivre et par conséquent les papiers domestiques peuvent servir de commencement de preuve par écrit. C'est le système consacré par la jurisprudence. C'est ainsi qu'il a été jugé que les lettres écrites par le mari de la mère naturelle et même par un tiers ont pu être considérées comme un commencement de preuve par écrit suffisant pour autoriser la preuve testimoniale ; que le juge en pareille matière a un pouvoir souverain d'appréciation.

Req. 6 mars 1809. Aff. Odin, voir égal., 29 nov. 1878, D. I, p. 28 ; Marcadé, art. 341, n° 3 ; Bufnoir à son cours. De même des lettres émanées du fils légitime de la femme qu'un enfant désigne pour être sa mère et dans laquelle celui-là traite cet enfant de sœur, peuvent lorsqu'elles ont été écrites après sa majorité, servir de commencement de preuve par écrit (Paris, 17 juillet 1841, D. *Rép. Pat. et fil.* 620). Paris, 7 juillet 1838, D. P. 45, 2, 105 ; Tribunal de Besançon, 15 février 1855, sous Besançon, 12 juillet 1855. D. P. 57, 2, 18 ; Paris, 30 avril 1859. D. P. 60, 2, 178 et 61, 1, 297 ; Civ. R., 23 novembre 1868, D. P., 69, 1, 26, 27. *Observ. conf.*, D. P., 60, 1, 26, note 2.

SECTION III. — Production des papiers domestiques en matière d'état et de filiation.

Nous avons supposé jusqu'ici que les papiers domestiques pouvaient servir en matière d'état soit de preuve complète (art. 46) soit de commencement de preuve par écrit (art. 323, 324, 341). Nous avons vu même qu'on faisait entrer parmi ces papiers les lettres missives et que c'étaient elles qui en fait jouaient le rôle le plus important dans toutes les questions se rattachant à la filiation. La plupart des arrêts supposent en effet presque toujours des lettres missives produites comme commencement de preuve par écrit. Il nous reste à savoir comment cette production peut se faire en justice quand il s'agit d'une contestation portant sur une question d'état. Quant à ce qui concerne les registres proprement dits, rien ne fait

obstacle ici à l'application des principes que nous avons eu déjà l'occasion de mettre en relief en matière d'obligations. Les mêmes difficultés s'élèvent et nous croyons qu'elles doivent être résolues de la même manière : le juge aura ici une souveraine appréciation, et il pourra si cela lui paraît juste obliger la partie qui tient des registres à les produire devant lui, afin qu'il puisse s'éclairer sur les circonstances de la cause. Et en pratique rien ne sera plus équitable ; ce serait un véritable déni de justice, ce serait consacrer un scandale public que de permettre aux parents par exemple de priver plus sûrement leurs enfants de l'état qui leur appartient, en détenant effrontément entre leurs mains des registres et des papiers dans lesquels ils avouent leur parenté.

Quant aux lettres missives la question est plus délicate. Nous ne voulons pas entrer dans toutes les difficultés qui s'élèvent à leur sujet, cela n'entre pas dans le cadre de notre étude ; contentons-nous de dégager les principes généraux qui peuvent servir à résoudre les contestations qu'on peut faire naître sur leur production en justice.

La loi ne dit rien sur le degré de force probante qui doit leur être attribué et par conséquent nous ne trouvons rien de relatif à leur représentation en justice dans notre Code civil. Mais on est d'accord en jurisprudence comme en doctrine pour reconnaître que les lettres ne peuvent être produites en justice qu'avec le consentement de celui qui en est propriétaire, et que la propriété en appartient à celui à qui elles sont destinées et adressées, que ce dernier en a la pleine et entière disposition à partir du jour de la réception. Son droit de propriété subit pourtant d'a-

près la jurisprudence, une restriction devant le principe de l'inviolabilité du secret de la correspondance privée: lorsque la lettre est confidentielle, le destinataire ne peut pas de son plein droit la communiquer et la représenter en justice (Toulouse, 6 juillet 1880, Sir., 81, 2, 115. Cass., 9 février 1881, 1, 193), si son auteur s'y oppose, à moins que pourtant le destinataire, ait un intérêt légitime à le faire. (Caen, 3 juin 1862, Sir., 65, 1, 33. Req. Rej., 3 février 1873, Sir., 73, 1, 313.)

Quant aux tiers, ils ne peuvent produire une lettre en justice que du consentement du destinataire et de celui-même de l'auteur si la lettre a un caractère confidentiel. (Dijon, 3 avril 1868. Sir. 69. 2. 46; Req. rej. 21 juillet 1862. Sir. 62. 1. 926; Rennes, 26 juin 1874. Sir. 75. 2. 34; Req. rej. 3 mai 1875. Sir. 75. 1. 197; Rouen, 23 mars 1864. S. 64. 2. 143.)

Rien, du reste, ne peut obliger ces derniers à communiquer les lettres, les titres et les papiers qui sont en leur possession, à l'appui d'un procès qui ne les concerne pas. Merlin, cependant, considère qu'on peut du moins arriver indirectement à en prendre connaissance par la voie du compulsoire, et la cour de Riom s'est rangée à cet avis (*Rép. V^o Lettre n^o 7*; Riom, 8 janv. 1849. D. P. 46. 2. 143), mais cette décision est isolée et la jurisprudence se prononce constamment en sens contraire. — Tels sont en résumé les principes suivis par notre jurisprudence et par la doctrine : elle les applique en matière d'état. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Cassation très important, du 12 juin 1823, décide que les lettres étant la propriété de ceux à qui elles sont adressées ne

peuvent être produites en justice que de leur consentement même en matière de recherche de la maternité. Il faut reconnaître qu'une pareille doctrine rend impossible dans la plupart des cas la production d'un commencement de preuve par écrit. Presque toujours ces lettres seront considérées, en effet, comme des lettres confidentielles, et celui qui réclame sa filiation, qui sait pertinemment qu'un tiers, une nourrice, une sage-femme possède des lettres émanant de la personne dont il se prétend le fils, se verra dans l'impossibilité de les faire connaître à la justice : car à supposer même que le tiers destinataire se trouve disposé à les lui livrer, il se heurtera au refus formel de celui qui les a écrites et qui ne consentira jamais à ce qu'on emploie contre lui des lettres qu'il a pu imprudemment écrire. — Quant à nous, nous croyons que rien ne doit lier le juge en pareille matière, et qu'il peut, si les circonstances de la cause lui paraissent favorables au réclamant, se départir de ces règles rigoureuses.

APPENDICE

DU DROIT DES HÉRITIERS SUR LES PAPIERS DE FAMILLE

La question de la production en justice des papiers domestiques se trouvant intimement liée à la question de propriété, il est intéressant de connaître à qui doivent revenir ces papiers dans une succession, lorsqu'on se trouve en présence de plusieurs héritiers. — Auquel des héritiers doivent-ils être remis ?

Nos anciens jurisconsultes décidaient que les papiers domestiques d'une personne décédée devaient être confiés à l'aîné de la famille : on estimait que ces objets étaient, en raison de leur nature, en dehors des règles ordinaires de la transmission des biens *ab intestat*, et on les attribuait à l'aîné, lors même qu'il renonçait à la succession. D'après une opinion assez répandue, ce privilège en faveur de l'aîné n'existait que pour la ligne directe. Cependant, dans certaines provinces, on l'étendait dans la ligne collatérale au plus proche parent. (Demolombe, *Tr. des Successions*, t. III, n° 700 ; d'après Pothier, *Des Success.* chap. II, sect. I, § 9. — *Introduction à la Cout. d'Orléans*, tit. X, n° 96. *De la Communauté*, part. IV, chap. II, art. 1^{er}, n° 684. Lebrun, liv. IV, chap. I. n° 45).

Le Code civil garde le silence sur cette question. Partant, il n'est guère facile de donner une solution à cet égard, quand les héritiers ne peuvent s'entendre à l'amiable sur le mode de répartition de ces papiers ? On ne peut songer à suivre la solution admise par nos anciens jurisconsultes : les principes modernes qui gouvernent notre théorie des successions s'y opposent formellement. Que décider alors ? Doit-on dire, s'en tenant à la rigueur des principes : tous les objets qui se trouvent dans le patrimoine du défunt doivent entrer en partage suivant la loi, à moins qu'ils n'en soient exceptés par une disposition expresse ; or, aucun texte ne soustrait aux règles ordinaires du partage les papiers de famille ; donc ils doivent être gouvernés par elles ? On ne saurait admettre une pareille conclusion, car il faudrait en arriver alors à dire que ces papiers peuvent être comme tous autres objets vendus aux enchères publiques, ce que personne n'oserait soutenir. Aussi, faut-il recourir à une autre règle plus en harmonie avec l'équité ; mais laquelle ? tirera-t-on au sort ces papiers domestiques ? Mais le sort est aveugle et il se pourrait qu'il attribuât des papiers intimes à un débauché, à quelqu'un enfin qui ne mérite aucune confiance ?

En ordonnera-t-on la licitation entre héritiers ? Le danger est le même, et puis chacun comprend ce qu'il y aurait d'étrange et de pénible dans ce fait de vendre aux enchères, même entre cohéritiers, des papiers qui doivent être regardés comme des souvenirs de famille et qui n'ont, d'ailleurs, eux-mêmes, aucune valeur vénale. Cependant la jurisprudence a appliqué la licitation entre héritiers sans concours d'étrangers aux titres de nobles faisant

partie d'une succession. Lyon, 20 déc. 1861. S., 62, 2, 305 ; C. de Paris, 19 mars 1864. S., 64, 2, 170.

Mais à quelle mesure recourir ? A l'application de l'article 842 du Code civil qui offre un moyen très juridique de trancher la difficulté. Les héritiers s'entendent-ils pour confier à l'un d'eux le dépôt de ces papiers ? Rien de mieux, les tribunaux n'auront pas à intervenir. Au contraire, sont-ils en désaccord ? Le dépositaire sera désigné par le tribunal et l'on pourra être certain de cette manière que ces papiers seront en de dignes mains. Les tribunaux ont, d'ailleurs, à cet égard, un large pouvoir d'appréciation. Si, par exemple, dans les papiers il s'en trouve qui concernent exclusivement l'un des héritiers sans présenter pour les autres aucun intérêt véritable, les juges les attribueront sans difficulté à l'héritier seul intéressé. Cour de Paris, du 15 déc. 1875 (*Gaz. des tribun.* du 18 déc.), 1^{er} décembre 1886 et du *Gaz. des tribun.* du 9 déc.)

En résumé donc, tous les papiers se trouvant au domicile du défunt sont la propriété des héritiers et des légataires universels ; ils peuvent être attribués en tout ou en partie à l'un des héritiers, mais seulement à titre de dépôt ; les cohéritiers ou les colégataires ont le droit d'en prendre connaissance, de les réclamer, si besoin est, à celui qui les détient, pour s'en servir en justice, dans les cas, par exemple, où des difficultés viendraient à s'élever sur le partage de la succession, et cela en vertu même de l'article 842.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT FRANCAIS

	Pages
Introduction.....	1

PREMIÈRE PARTIE

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES EN MATIÈRE D'ORLIGATIONS.....	5
Généralités sur les registres et papiers domestiques : leur définition....	5
Chapitre I. — De la force probante des registres et papiers domestiques	10
Section I. — Du principe que les registres et papiers domestiques ne font point foi en faveur de celui qui les a écrits. . .	11
I. — Ses principales applications.....	9
II. — Exceptions à ce principe; la règle de l'article 1331, est-elle une règle d'ordre public? Intérêt de la question	21
Section II. — Cas dans lesquels les registres et papiers domestiques font foi contre celui qui les a écrits.....	28
I. — Mentions libératoires.....	29
II. — Mention d'une obligation. Conditions exigées par l'article 1331, pour qu'elle puisse faire loi contre celui qui l'a écrite.....	37
III. — Caratères de la foi due aux énonciations contenues dans les papiers domestiques.....	42
Chapitre II. — De la représentation en justice des registres et papiers domestiques	46

DEUXIÈME PARTIE

DES REGISTRES ET PAPIERS DOMESTIQUES EN MATIÈRE D'ÉTAT ET DE FILIATION. .	54
Chapitre I. — De la force probante des registres et papiers domestiques en matière d'actes de l'état civil.....	57
Section I. — Des cas où est admise par l'article 46, la preuve par les registres et papiers domestiques émanés des père et mère décédés.....	60

Section II. — Conditions auxquelles est subordonnée l'admission de la preuve de l'article 46	75
Section III. — Manières dont cette preuve doit être faite.....	78
Section IV. — Domaine d'application de l'article 46.....	82
Chapitre II. — Des registres et papiers domestiques en matière de filiation	89
Section I. — Filiation légitime.....	95
Section II. — Filiation naturelle.....	99
Section III. — Production des papiers domestiques en matière d'état et de filiation.....	102
Appendice. — Du droit des héritiers sur les papiers de famille.....	106

DROIT ROMAIN

Positions prises dans la thèse

I. Une inscription sur le codex du créancier suffisait pour donner naissance à une obligation littérale.

II. Le contrat littéral pouvait être employé pour créer une obligation primordiale.

III. Le contrat littéral opérait novation.

IV. Les chirographa et les syngraphæ n'étaient pas de véritables contrats littéraux.

Positions prises en dehors de la thèse

I. Pour qu'il y eut mariage chez les Romains, il fallait que la femme prît possession d'état de femme mariée.

II. A partir du jour où la quasi-tradition a été admise, elle a été une condition nécessaire de l'établissement des servitudes prédiales.

III. *L'interpellatio* était nécessaire dans une obligation à terme pour mettre le débiteur en demeure.

IV. Il n'y avait pas en droit romain de novation par changement d'objet.

DROIT FRANÇAIS

Positions prises dans la thèse

I. La règle de l'article 1331 d'après laquelle les registres et papiers domestiques ne font point un titre pour celui qui les a écrits, n'est pas d'ordre public.

II. Les registres et papiers domestiques du créancier ne font foi en faveur du débiteur que pour un paiement libératoire.

III. Le juge peut ordonner la production des papiers domestiques.

IV. Dans les cas prévus par l'article 46, les registres et papiers domestiques peuvent constituer preuve complète en matière de filiation.

Positions prises en dehors de la thèse

I. La révocation d'un testament par acte public contenant une reconnaissance d'enfant naturel, n'entraîne pas la révocation de cette reconnaissance.

II. La possession d'état ne prouve pas la maternité naturelle.

III. Les père et mère ne peuvent réduire leur enfant naturel en vertu de l'article 761, à la moitié de sa part héréditaire, qu'avec son consentement exprès.

IV. La séparation de biens accessoire à la séparation de corps ne rétroagit pas au jour de la demande comme le ferait la séparation de biens prononcée au principal.

DROIT CONSTITUTIONNEL

I. En cas de faute, les ministres sont responsables civilement envers l'Etat.

DROIT CRIMINEL

I. L'ivresse complète même préméditée supprime la responsabilité pénale.

II. L'homicide commis avec le consentement de la victime est un meurtre.

SCIENCE FINANCIÈRE

I. Au début d'une crise financière, il est urgent de défendre la suprême réserve métallique qu'on avait dû jusque-là conserver intacte.

Vu par le président :

GÉRARDIN.

Vu par le doyen :

COLMET DE SANTERRE.

*Vu et permis d'imprimer,
le Vice-Recteur de l'Académie de Paris :*

GRÉARD.

Paris. — Imprimerie de la Faculté de Médecine. H. JOUVE, 23, rue Racine.